أثر فوات محل العقد في المعاملات المالية

في الفقه الإسلامي

إعداد

أحمد شحدة علي أبو سرحان

المشرف

الأستاذ الدكتور محمد أحمد القضاة

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

كانون الأول ، ٢٠٠٦

نوقشت هذه الأطروحة (أثر فوات محل العقد في المعاملات المالية في الفقه الإسلامي)

وأجيزت بتاريخ ٥/١٢/٢٠٠٦م

أعضاء لجنة المناقشة	التوقيـــع
الأستاذ الدكتور محمد أحمد القضاة ، مشرفاً أستاذ الفقه المقارن	....
الأستاذ الدكتور عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني ،عضواً أستاذ الفقه وأصوله	....
الدكتور محمد خالد منصور ، عضواً أستاذ مشارك الفقه وأصوله	....
الدكتور زكريا محمد القضاة ، عضواً أستاذ مشارك الفقه المقارن	....



الإهـداء

إلى من قال فيهما المولى عز وجـل: " [illegible] " . **(سورة الإسـراء، الآيتان ٢٣ ، ٢٤) .**

إلى والدي الكريمين أهدي هذه الأطروحة .

شكر وتقدير

الحمد العلي القدير حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه ، يليق بجلال وجهه ، وعظيم سلطانه ، وواسع نعمه وآلائه ، الذي يسر وأعان على إتمام هذا العمل ، فله الحمد والمنّة .

ثم أثني بالشكر وعظيم الامتنان إلى أستاذي المشرف : فضيلة الأستاذ الدكتور محمد أحمد القضاة الذي أسعفني بتوجيهاته السديدة ، وآرائه النافعة . ولقد لمست منه طيلة فترة الإشراف لين الجانب ، وخفض الجناح ، رفع ا بهما عنه الإثم والجناح . وما مقامه عندي إلا كمقام الوالد من نفسي . فجزاه ا عني خير الجزاء .

كما أتقدم إلى أعضاء لجنة المناقشة بجزيل الشكر والعرفان على تفضلهم بقبول مناقشة هذه الأطروحة ، وتصويب هناتها ، وعلى ما قدموه من توجيهات قيمة ، وملحوظات هامة .

وفي الختام أزجي بشكري إلى كل من قدم لي عوناً ، أو أسدى إلي يداً .

فهـرس المحتويات

الموضـوع	الصفحـة
قرار لجنة المناقشة	ب
الإهـداء	ج
شكر وتقدير	د
فهرس المحتويات	هـ
الملخص	ي
المقدمـة	١
أهمية البحث	١
مشكلة البحث	١
الدراسات السابقة	٢
منهجية البحث	٤
خطة البحث	٤
التمهيـد	٨
المبحث الأول : التعريف بالعقد وبيان أركانه وأقسامه	٩
المطلب الأول : تعريف العقد	١٠
المطلب الثاني : أركان العقد	١٧
المطلب الثالث : أقسام العقد	١٩
التقسيم الأول : تقسيم العقد باعتبار وصفه الشرعي	١٩
التقسيم الثاني : تقسيم العقد باعتبار اللزوم وعدمه	٢٠
التقسيم الثالث: تقسيم العقد باعتبار النفاذ وعدمه	٢١
التقسيم الرابع : تقسيم العقد باعتبار غايته والمقصود منه	٢١
التقسيم الخامس : تقسيم العقد باعتبار الفورية والاستمرار	٢٢
التقسيم السادس : تقسيم العقد باعتبار الضمان وعدمه	٢٤

المبحث الثاني : توطئة في فوات محل العقد وتعريف المعاملات المالية	٢٦
المطلب الأول : توطئة في فوات محل العقد	٢٧
المطلب الثاني : تعريف المعاملات المالية	٢٩
الفصل الأول : أثر فوات محل العقد في العقود اللازمة من الجانبين	٣٤
المبحث الأول : أثر فوات محل عقد البيع	٣٥
المطلب الأول : أثر فوات المبيع قبل القبض	٣٦
الفرع الأول : أثر فوات كل المبيع قبل القبض	٣٦
المسألة الأولى : أثر فوات كل المبيع قبل القبض بآفة سماوية	٣٦
المسألة الثانية : أثر فوات كل المبيع قبل القبض بفعل المشتري	٤٦
المسألة الثالثة : أثر فوات كل المبيع قبل القبض بفعل البائع	٤٧
المسألة الرابعة : أثر فوات كل المبيع قبل القبض بفعل أجنبي	٥١
الفرع الثاني : أثر فوات بعض المبيع قبل القبض	٥٣
المسألة الأولى : أثر فوات بعض المبيع قبل القبض بآفة سماوية	٥٣
المسألة الثانية : أثر فوات بعض المبيع قبل القبض بفعل المشتري	٥٨
المسألة الثالثة : أثر فوات بعض المبيع قبل القبض بفعل البائع	٥٨
المسألة الرابعة : أثر فوات بعض المبيع قبل القبض بفعل أجنبي	٦٣
المطلب الثاني : أثر فوات المبيع بعد القبض	٦٤
المطلب الثالث : أثر فوات المبيع بعد التخلية في مدة يحتاج فيها المبيع إلى البقاء في أصله وقبل تمام القبض (مسألة وضع الجائحة)	٦٦
الفرع الأول : وضع الجائحة	٦٦
الفرع الثاني : شروط وضع الجائحة	٧٨
الفرع الثالث : محل وضع الجائحة	٨٦
الفرع الرابع : أنواع الجائحة	٩٠
المطلب الرابع : أثر فوات الثمن	٩٤

المبحث الثاني : أثر فوات محل عقد السلم	٩٧
المطلب الأول : أثر فوات المسلَم فيه	٩٨
المطلب الثاني : أثر فوات رأس مال السلم	١٠٤
المبحث الثالث : أثر فوات محل عقد الإجارة	١٠٥
المطلب الأول : أثر الفوات الكلي للمنفعة	١٠٧
المطلب الثاني : أثر الفوات الجزئي للمنفعة	١١٣
المبحث الرابع : أثر فوات محل عقد الحوالة	١١٨
المطلب الأول : أثر فوات الدين المحال به	١١٩
الفرع الأول : أثر فوات الدين المحال به أصالة	١١٩
الفرع الثاني : أثر فوات الدين المحال به عرضاً	١٢٠
المطلب الثاني : أثر فوات الدين المحال عليه	١٢٤
الفرع الأول : أثر فوات الدين المحال عليه أصالة	١٢٤
الفرع الثاني : أثر فوات الدين المحال عليه عرضاً	١٢٧
الفصل الثاني: أثر فوات محل العقد في العقود اللازمة من جانب واحد	١٣١
المبحث الأول : أثر فوات محل عقد الرهن	١٣٢
المطلب الأول : أثر فوات العين المرهونة بتعد أو تفريط من المرتهن	١٣٣
المطلب الثاني : أثر فوات العين المرهونة بدون تعد أو تفريط من المرتهن	١٣٤
المبحث الثاني : أثر فوات محل عقد الكفالة	١٥٨
المطلب الأول : أثر فوات محل عقد الكفالة بالمال	١٦٠
الفرع الأول : أثر فوات الدين المكفول به	١٦٠
الفرع الثاني : أثر فوات العين المكفول بها	١٦٠
المطلب الثاني : أثر فوات محل عقد الكفالة بالنفس	١٦٧
الفصل الثالث:أثر فوات محل العقد في العقود غير اللازمة من الجانبين	١٧١
المبحث الأول : أثر فوات محل عقد الهبة	١٧٢

المطلب الأول : أثر فوات العين الموهوبة بآفة سماوية	١٧٤
المطلب الثاني : أثر فوات العين الموهوبة بفعل الواهب	١٧٥
المطلب الثالث : أثر فوات العين الموهوبة بفعل الموهوب له	١٧٦
المطلب الرابع : أثر فوات العين الموهوبة بفعل أجنبي	١٧٩
المبحث الثاني : أثر فوات محل عقد العارية	١٨٠
المبحث الثالث : أثر فوات محل عقد الوكالة	٢٠٧
المطلب الأول : أثر فوات الموكل فيه في تضمين الوكيل	٢٠٨
المطلب الثاني : أثر فوات الموكل فيه في انفساخ الوكالة	٢٠٩
الفرع الأول : أثر خروج الموكل فيه عن ملك الموكل في انفساخ الوكالة	٢٠٩
الفرع الثاني : أثر خروج منفعة الموكل فيه عن ملك الموكل في انفساخ الوكالة	٢١٧
الفرع الثالث : أثر تغير الموكل فيه في انفساخ الوكالة	٢١٨
المبحث الرابع : أثر فوات محل عقد الشركة	٢٢٢
المطلب الأول : أثر فوات مال الشركة بعد الخلط	٢٢٣
المطلب الثاني : أثر فوات مال الشركة قبل الخلط	٢٢٤
المبحث الخامس : أثر فوات محل عقد المضاربة	٢٣١
المطلب الأول : أثر فوات مال المضاربة قبل التصرف	٢٣٢
الفرع الأول : أثر الفوات الكلي لمال المضاربة قبل التصرف	٢٣٢
الفرع الثاني : أثر الفوات الجزئي لمال المضاربة قبل التصرف	٢٣٤
المطلب الثاني : أثر فوات مال المضاربة بعد التصرف	٢٣٦
الفرع الأول : أثر الفوات الكلي لمال المضاربة بعد التصرف	٢٣٦
الفرع الثاني : أثر الفوات الجزئي لمال المضاربة بعد التصرف	٢٤٣
المبحث السادس : أثر فوات محل عقد الوصية	٢٤٥
المطلب الأول : أثر فوات الموصى به إذا كان عيناً معينة	٢٤٦
المطلب الثاني : أثر فوات الموصى به إذا كان عدداً من نوع معين	٢٤٧

المطلب الثالث : أثر فوات الموصى به إذا كان سهماً شائعاً في جميع مال الموصي	٢٤٩
المطلب الرابع : أثر فوات الموصى به إذا كان سهماً شائعاً في نوع معين	٢٥١
المطلب الخامس : أثر فوات الموصى به إذا كان سهماً شائعاً في عين معينة	٢٥٥
المبحث السابع : أثر فوات محل عقد الوديعة	٢٥٧
الخاتمة	٢٦٤
المصادر والمراجع	٢٧١
الملخص باللغة الإنجليزية	٣٠٦

أثر فوات محل العقد في المعاملات المالية في الفقه الإسلامي

إعداد

أحمد شحدة علي أبو سرحان

المشرف

الأستاذ الدكتور محمد أحمد القضاة

ملخص

تتناول هذه الدراسة الحديث عن أثر فوات محل العقد في المعاملات المالية في الفقه الإسلامي . فتبين أثر فوات محل العقد في : العقود اللازمة من الجانبين ، والعقود اللازمة من جانب واحد ، والعقود غير اللازمة من الجانبين . وتستعرض العقود المندرجة في الأقسام الثلاثة السابقة وتذكر فيها أقوال الفقهاء ، وأدلتهم ، ومناقشتها ، والمختار منها . وقد استهلت الدراسة بمقدمة عرضت لتعريف العقد ، وبيان أركانه ، وأقسامه ، وتوطئة في فوات محل العقد ، وتعريف المعاملات المالية .

ومن خلال هذه الدراسة تبين أن أثر فوات محل العقد يختلف من عقد إلى آخر ، كما يختلف في العقد الواحد ؛ تبعاً لاختلاف حالة الفوات . فقد يكون أثره : انفساخ العقد ، أو عدمه . ومن الحالات التي ينفسخ فيها العقد : إذا تلف كل المبيع قبل قبضه بآفة سماوية ، وإذا تلف جميع مال الشركة والمضاربة . ومن الحالات التي لا ينفسخ فيها العقد : إذا تلف كل المبيع أو بعضه بعد قبضه ، وإذا فات الدين المحال عليه عرضاً . وقد يكون أثره : صيرورة العقد غير لازم وإثبات الخيار للعاقد بين فسخه أو إمضائه ، أو عدم ذلك . ومن الحالات التي يصير فيها العقد غير لازم ويثبت الخيار للعاقد : إذا تلف كل المبيع أو بعضه قبل قبضه بفعل البائع أو أجنبي ، وإذا تلف بعض العين المستأجرة وأضر ذلك بالانتفاع بها . ومن الحالات التي لا يثبت فيها الخيار للعاقد : إذا تلف كل المبيع أو بعضه قبل قبضه أو بعده بفعل المشتري . وقد يكون أثره : التضمين ، أو عدمه. ومن حالات التضمين: إذا تلفت العين المرهونة ، أو المستعارة ، أو المودعة، أو الموكل فيه بتعد أو تفريط ممن هي في يده . ومن حالات عدم التضمين : إذا كان

التلف في الأمثلة المتقدمة بدون تعد أو تفريط ممن هي في يده . وقد يكـون أثـره : اسـتحقاق الأجرة ، أو عدمه . ومن حالات استحقاق الأجرة : إذا تلفت العين المستأجرة بعد القبض وبعد مضي مدة لمثلها أجرة بالنسبة للمدة الماضية ، أو تلفت بعد القبض وانقضاء المدة . ومن حالات عدم استحقاق الأجرة : إذا تلفت العين المستأجرة قبل القبض ، أو عقيبه وقبل مضي مدة لمثلهـا أجرة ، أو تلفت بعد القبض وبعد مضي مدة لمثلها أجرة بالنسبة للمدة الباقية .

المقدمـة

بسم الله الرحمن الرحيم ، والحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام علـى النبـي الأمـين ، المبعوث رحمة للعالمين ، ومن تبع هداه وسار على نهجه إلى يوم الدين .

وبعد :

فإن الشريعة الإسلامية قد كفلت لكل فرد اتخذها ديناً له حياة واضحة المعالم بينة جلية : فنظمت أحكام الأفعال الصادرة عنه في أوضح معنى ، وأجل صورة ، سواء ما كان من هـذه الأحكـام مرتبطاً بعلاقته مع ربه عز وجل ، أم مع غيره من بني البشر .

ومن بين تلك الأحكام التي نظمتها الشريعة الإسلامية : الأحكام المتعلقة بالعقود التـي يتبادلهـا الأفراد في معاملاتهم المالية : فبينت أحكامها ، وأحكمتها ، حتى غدت تلك الأحكـام الأنمـوذج الذي يحتذى ، والمثال الذي يقتدى .

ولم تقتصر الشريعة الإسلامية في بيانها لتلك الأحكام على حال قيام العقد ، ووجوده، بل تعدتـه لتشمل ما يترتب على فوات أحد أركان العقد – ومنها محله – من مسائل ، وآثار .

من هنا ، جاءت هذه الدراسة تلقي الضوء على الآثار المترتبة على فوات محل العقد ، والـذي هو غاية العاقد ، ومقصوده الأول .

أهمية البحث

تظهر أهمية هذا البحث في حاجة كل عاقد إلى معرفة الحكم الشرعي إذا ما فات محل عقـده .

كما تظهر أهميته في أنه يحاول إخراج أثر فوات محل العقد في المعاملات الماليـة فـي الفقـه الإسلامي في دراسة مستقلة ، تجمع شتاته من شتى الفروع الفقهية .

مشكلة البحث

تتمثل مشكلة البحث في أنه يحاول الإجابة عن السؤال التالي :

ما أثر فوات محل العقد في المعاملات المالية في الفقه الإسلامي ؟ من خلال ما يلي:

١- ما حقيقة العقد ؟ وما أركانه ، وأقسامه؟ وما حقيقة الفوات، والمعاملات المالية ؟

٢- ما أثر فوات محل العقد في العقود اللازمة من الجانبين ؟

٣- ما أثر فوات محل العقد في العقود اللازمة من جانب واحد ؟

٤- ما أثر فوات محل العقد في العقود غير اللازمة من الجانبين ؟

الدراسات السابقة

لم أقف – في حدود ما اطلعت – على دراسة مستقلة شاملة لهذا الموضوع ، وإنما تحدث الفقهاء – قديماً ، وحديثاً – عن أثر فوات محل العقد من خلال كل عقد على حده .

ومن الدراسات التي تناولت جانباً من هذا الموضوع ما يلي :

١- تناول الشيخ مصطفى الزرقا الحديث عن أثر فوات محل عقد البيع من خلال كتابه : عقد البيع ، دار القلم ، دمشق ، ط١ ، ١٩٩٩م ، ص١٢٢ – ص١٢٥ .

ـ تناولت هذه الدراسة : بيان أثر فوات المبيع قبل قبضه ، سواء أكان الفوات كلياً ، أم جزئياً ، وسواء أكان الفوات بآفة سماوية ، أم بفعل المشتري ، أم البائع ، أم أجنبي ، مقتصرة في معظمها على مذهب الحنفية .

ـ ـ يؤخذ على هذه الدراسة : أنها لم تبين أثر فوات المبيع بعد القبض . ولا أثر فواته بعد التخلية، في مدة يحتاج فيها المبيع إلى البقاء في أصله ، وقبل تمام القبض ، وما يتصل بها من فروع . كما أنها لم تبين أثر فوات الجزء الثاني من محل عقد البيع : وهو الثمن . كذلك لم تستوف الدراسة آراء بقية الفقهاء من غير الحنفية في معظم جزئيات المسألة المبحوثة فيها ، وأدلتهم ، ومناقشتها .

٢- تناول الدكتور محمد الزحيلي الحديث عن أثر فوات محل عقد الإجارة من خلال كتابه : العقود المسماة (البيع ، المقايضة ، الإيجار) ، مطبعة دار الكتاب ، دمشق ، ١٩٨٩م ، ص٥٦٢ فقط .

ـ تناولت الدراسة : بيان أثر الفوات الكلي ، والجزئي للمنفعة ، مقتصرة على كتاب واحد من الكتب القديمة وهو بدائع الصنائع ، وبعض الكتب الحديثة .

ـ يؤخذ عليها : أنها لم تبين أثر فوات الجزء الثاني من محل عقد الإجارة : وهو الأجرة . ولا أثر تلف جميع العين المستأجرة عند إمكان الانتفاع من وجه آخر . ولا أثر فوات العين المستأجرة إذا كانت الإجارة واردة على عين موصوفة في الذمة . كما أنها لم تفصل حالات تلف جميع العين المستأجرة : كتلفها قبل القبض ، أو عقيبه وقبل مضي مدة لمثلها أجرة ، أو بعد القبض ، وبعد مضي مدة لمثلها أجرة ، أو بعد القبض ، وانقضاء المدة ، وأثر كل حالة في

انفساخ الإجارة ، واستحقاق الأجرة . كذلك لم تستوف الدراسة آراء بقيـة الفقهـاء مـن غيـر الحنفية، وأدلتهم ، ومناقشتها في المسألة المبحوثة فيها .

٣- تناول الباحث طالب مقبل الحديث عن أثر فوات محل عقد الوكالة من خلال كتابه : الوكالة في الفقه الإسلامي ، دار اللواء ، الرياض ، ط١ ، ١٩٨٣م ، ص٢٤٦ – ص٢٤٧ .

ـ تناولت الدراسة : بيان أثر تلف الموكل فيه في انفساخ الوكالة ، وتضمين الوكيل. كما بينـت – في الهامش – مذهب الحنابلة في أثر تلف النقود الموكل بالشراء بها .

ـ يؤخذ عليها : أنها لم تبين أثر خروج منفعة الموكل فيه عن ملك الموكل في انفساخ الوكالة . ولا أثر تغير الموكل فيه في انفساخ الوكالة . كما أنها لم تستوعب آراء بقية الفقهاء مـن غيـر الحنابلة ، وأدلتهم ، ومناقشتها في مسألة أثر تلف النقود الموكل بالشراء بها .

٤- تناول الدكتور عبد العزيز الخياط الحديث عن أثر فوات محل عقد الشركة من خلال كتابه : الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، مؤسسة الرسـالة، ط٤ ، ١٩٩٤م ، ج١ ، ص٣٦٠ – ص٣٦٣ .

ـ تناولت الدراسة : بيان أثر فوات مال الشركة قبل الخلط ، مقتصرة في ذلـك علـى مـذهب الحنفية . كما بينت أثر فوات مالها بعد الخلط دون أن تسنده إلى أي من الكتب القديمة .

ـ يؤخذ عليها : أنها لم تبين آراء بقية الفقهاء من غير الحنفية ، وأدلتهم ، ومناقشتها في مـسألة أثر فوات مال الشركة قبل الخلط . كما أنها لم تبين حكم المشترى بغير المال التالف قبل الخلط. فضلاً عن أنها لم تسند ما ذكرته في أثر فوات مال الشركة بعد الخلط إلى أي من الكتب القديمة.

٥- تناول الباحث محمد جعفر شمس الدين الحديث عن أثر فوات محل عقد الوصية من خـلال كتابه : الوصية وأحكامها في الفقـه الإسـلامي ، دار التعـارف ، بيـروت ، ط٢، ١٩٨٥م ، ص١٥٩ – ص١٦٠ .

ـ تناولت الدراسة : بيان أثر فوات الموصى به إذا كان عيناً معينة .

ـ يؤخذ عليها : أنها لم تستوعب صور فوات الموصى به ، فلم تبـين أثـر الفـوات إذا كـان الموصى به : عدداً من نوع معين ، أو سهماً شائعاً في جميع مال الموصي ، أو سهماً شائعاً في نوع معين ، أو سهماً شائعاً في عين معينة .

من هنا ، جاءت هذه الدراسة محاولة : استيعاب أثر فوات محل العقـد فـي صـور الفـوات المتعددة، وحالاته المختلفة . واستكمال أثر فوات أجزاء محل العقد دون الاقتصار على جزء منه دون الآخر . واستيفاء آراء الفقهاء ، وأدلتهم ، ومناقشتها ، وصولاً إلى القول المختـار الـذي تعضده الأدلة . وجمع شتات هذا الموضوع من شتى الفروع الفقهية في دراسة مستقلة إن شـاء ا تعالى .

منهجية البحث

اعتمدت في هذا البحث المنهج الاستقرائي ، والوصفي ، والتحليلي : حيث قمت باستقراء وتتبع ما يتعلق بالموضوع من مسائل في شتى الفروع الفقهية من الكتب القديمة ، والحديثـة . ونقـل أقوال الفقهاء من مصادرها الأصيلة ، ونسبتها إلى أصحابها . ودراسة أقوال الفقهاء ، وتحليلها؛ لمعرفة مواطن الاتفاق فيها ، والاختلاف في المسائل الواردة في البحث ، مع بيان مذاهبهم فـي مواطن الاختلاف ، وعرض أدلتهم : النقلية ، والعقلية ، وتوجيهها على ضوء آرائهم ، ومناقشة هذه الأدلة ، وصولاً إلى القول المختار الذي تعضده الأدلة .

وتحقيقاً لما سبق اتبعت الآلية التالية:

١- الرجوع إلى المظان الأصيلة ؛ لتتبع أقوال الفقهاء فيها ، مما له صلة بالموضوع . واستقراء كتب المعاصرين المتصلة بهذا البحث .

٢- الاعتماد في أحكام هذا الموضوع على آراء الفقهاء من المذاهب الفقهية الأربعة المعروفة ، بالإضافة لمذهب ابن حزم ، ومن تقدمهم من السلف ما أمكن ذلك .

٣- عزو الآيات القرآنية الكريمة إلى سورها ، مع بيان رقمها .

٤- تخريج الأحاديث النبوية ، والحكم عليها عند الحاجة .

٥- التعريف بالمصطلحات ، والكلمات الغامضة حيثما وردت في البحث .

خطة البحث

قسمت هذا البحث إلى : مقدمة ، وتمهيد ، وثلاثة فصول ، وخاتمة على النحو التالي:

المقدمة : وتحدثت فيها عن : أهمية هذا البحث ، ومشكلته ، والدراسات السابقة له ، ومنهجيته ، وخطته .

التمهيد : وفيه مبحثان :

المبحث الأول : التعريف بالعقد وبيان أركانه وأقسامه

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف العقد

المطلب الثاني : أركان العقد

المطلب الثالث : أقسام العقد

المبحث الثاني : توطئة في فوات محل العقد وتعريف المعاملات المالية

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : توطئة في فوات محل العقد

المطلب الثاني : تعريف المعاملات المالية

الفصل الأول : أثر فوات محل العقد في العقود اللازمة من الجانبين

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : أثر فوات محل عقد البيع

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : أثر فوات المبيع قبل القبض

المطلب الثاني : أثر فوات المبيع بعد القبض

المطلب الثالث : أثر فوات المبيع بعد التخلية في مدة يحتاج فيها المبيع إلى البقاء في أصله وقبل تمام القبض (مسألة وضع الجائحة)

المطلب الرابع : أثر فوات الثمن

المبحث الثاني : أثر فوات محل عقد السلم

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أثر فوات المسلم فيه

المطلب الثاني : أثر فوات رأس مال السلم

المبحث الثالث : أثر فوات محل عقد الإجارة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أثر الفوات الكلي للمنفعة

المطلب الثاني : أثر الفوات الجزئي للمنفعة

المبحث الرابع : أثر فوات محل عقد الحوالة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أثر فوات الدين المحال به

المطلب الثاني : أثر فوات الدين المحال عليه

الفصل الثاني : أثر فوات محل العقد في العقود اللازمة من جانب واحد

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : أثر فوات محل عقد الرهن

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أثر فوات العين المرهونة بتعد أو تفريط من المرتهن

المطلب الثاني : أثر فوات العين المرهونة بدون تعد أو تفريط من المرتهن

المبحث الثاني : أثر فوات محل عقد الكفالة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أثر فوات محل عقد الكفالة بالمال

المطلب الثاني : أثر فوات محل عقد الكفالة بالنفس

الفصل الثالث : أثر فوات محل العقد في العقود غير اللازمة من الجانبين

وفيه سبعة مباحث :

المبحث الأول : أثر فوات محل عقد الهبة

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : أثر فوات العين الموهوبة بآفة سماوية

المطلب الثاني : أثر فوات العين الموهوبة بفعل الواهب

المطلب الثالث : أثر فوات العين الموهوبة بفعل الموهوب له

المطلب الرابع : أثر فوات العين الموهوبة بفعل أجنبي

المبحث الثاني : أثر فوات محل عقد العارية

المبحث الثالث : أثر فوات محل عقد الوكالة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أثر فوات الموكل فيه في تضمين الوكيل

المطلب الثاني : أثر فوات الموكل فيه في انفساخ الوكالة

المبحث الرابع : أثر فوات محل عقد الشركة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أثر فوات مال الشركة بعد الخلط

المطلب الثاني : أثر فوات مال الشركة قبل الخلط

المبحث الخامس : أثر فوات محل عقد المضاربة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أثر فوات مال المضاربة قبل التصرف

المطلب الثاني : أثر فوات مال المضاربة بعد التصرف

المبحث السادس : أثر فوات محل عقد الوصية

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : أثر فوات الموصى به إذا كان عيناً معينة

المطلب الثاني : أثر فوات الموصى به إذا كان عدداً من نوع معين

المطلب الثالث : أثر فوات الموصى به إذا كان سهماً شائعاً في جميع مال الموصي

المطلب الرابع : أثر فوات الموصى به إذا كان سهماً شائعاً في نوع معين

المطلب الخامس : أثر فوات الموصى به إذا كان سهماً شائعاً في عين معينة

المبحث السابع : أثر فوات محل عقد الوديعة

الخاتمة : وهي خلاصة بأهم النتائج التي توصلت إليها .

وبعد ، فهذا عمل بشري ، يعتريه ما يعتري البشر من الخطأ ، والزلل . وحسبي أني قد بذلت فيه غاية جهدي ، وأقصى طاقتي . فإن كنت قد وفقت ، فذلك من فضل ا تعالى ، وتوفيقه علي . وإن كانت الأخرى ، فمن ضعفي ، وقصر باعي ، واستغفر ا العظيم منها . وا َ أسأل أن يكون هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم ، وخدمة لشرعه الحنيف .

التمهيـد

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : التعريف بالعقد وبيان أركانه وأقسامه

المبحث الثاني : توطئة في فوات محل العقد وتعريف المعاملات المالية

المبحث الأول : التعريف بالعقد وبيان أركانه وأقسامه

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف العقد

المطلب الثاني : أركان العقد

المطلب الثالث : أقسام العقد

المطلب الأول : تعريف العقد

العقْد لغة : من باب ضرب ، يقال : عقَدتُ الحبل عقْداً فانْعقَد[١] ، و"عقَده يعقِده عقْـداً وتَعقـاداً وعقده"[٢] .

ويذكر ابن فارس أصل العقد فيقول : "العين ، و القاف ، والدال أصلٌ واحد يدل على شد وشِدةِ وثوق"[٣] .

والعقْد : نقيض الحل ، وهو الشد والربط ، وعقْدةُ كل شيء : إبرامه[٤] .

والعقْد – كذلك - : العهد[٥] ، والإلزام ، والتوثيق ، يقال : عاقدته على كذا وعقدته عليه بمعنى: عاهدته . وعقدت البيع ، وعقدت اليمين : وثقتهما[٦] . وعقدت عليه : ألزمته ذلك[٧].

مما تقدم ، يتبين أن كلمة العقد تتسع في معناها اللغوي إلى ما كان من الأمور مادياً حسياً : كما في قول العرب : عقدت الحبل . وإلى ما كان منها معنوياً : كما في قـولهم : عقـدت البيـع، وعقدت اليمين . كما تتسع – إلى جانب ما تقدم – إلى ما كان التزاماً بين طرفين : كمـا فـي قولهم : عقدت البيع . وإلى ما كان التزاماً أُحادياً يلزم به الفرد نفسه كاليمين .

العقد اصطلاحاً : استعملت كلمة العقد في الاصطلاح بمعنيين :

المعنى الأول : وهو المعنى العام للعقد ويشمل : كل ما يعقد الشخص على الالتزام به ، سـواء أكان متوقفاً على طرف واحد كاليمين ، والنذر . أم على طرفين كالبيع ، والإجارة وغيرهما .

---

(١) الفيومي ، أحمد بن محمد ، (ت٧٧٠هـ) . المصباح المنير ، ط٤ ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ، ١٩٢١م، ج٢ ، ص٥٧٥ ، مادة (عقد) .

(٢) ابن منظور ، جمال الدين محمد بن مكرم ، (ت٧١١هـ) . لسان العرب ، دار صـادر ، بيـروت ، ج٣ ، ص٢٩٦ ، مادة (عقد) .

(٣) ابن فارس ، أبو الحسين أحمد ، (ت٣٩٥هـ) . معجم مقاييس اللغة ، ط١ ، اعتنى به د. محمـد مرعـب وفاطمة أصلان ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠١م ، ص ٦٥٤ ، مادة (عقد) .

(٤) ابن منظور ، لسان العرب ، ج٣ ، ص٢٩٦ ، ص ٢٩٨ ، مادة (عقد) .

(٥) الجوهري ، إسماعيل بن حماد ، (ت٣٩٣هـ) . الصحاح ، ط١ ، دار إحياء التراث العربـي ، بيـروت ، ١٩٩٩م ، ج٢ ، ص٤٤٥ ، مادة (عقد) . الفيروز أبادي ، محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط ، ط٦ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٨م ، ص٣٠٠ ، مادة (عقد) .

(٦) الفيومي ، المصباح المنير ، ج٢ ، ص٥٧٥ ، مادة (عقد) .

(٧) ابن منظور ، لسان العرب ، ج٣ ، ص٢٩٧ ، مادة (عقد) .

ويتبـدى هـذا المعنـى فيمـا قالـه المفـسرون إبـان تفـسير قولـه تعـالى :
"③♦🕔✵🕯❒③⑩♑◻✍ ✂✍✍✏⅄🔔🙰⇦▫🙰 ↗♦✂✌♦✡↖❑☑✂☎
📖❑❑⬀▫➔❑✂☎ 🙰🙰✍✍🙰◉🙰⬂➔↖◑➔❑⑩"🙰 [(١)] حيـث فـسروا
"العقود" بما يشمل الالتزامات الصادرة من طرف واحد كاليمين ، والنذر . والالتزامات الصادرة من طرفين كالبيع[(٢)] . وفي هذا المعنى يقول الجصاص : "العقد: ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو ، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه"[(٣)] .

من هنا ، قسم بعض الفقهاء – حين الحـديث عـن أقـسام العقـد – العقـد إلـى قـسمين :

الأول : ما ينفرد به الإنسان . ومثلوا له بالأيمان ، والنذور .

والآخر : ما لا بد فيه من متعاقدين . ومثلوا له بالبيع ، والإجارة .....[(٤)] .

المعنى الثاني : وهو المعنى الخاص للعقد : ما يتوقف قيامه على إيجاب وقبول .

ويظهر هذا المعنى في التعريفات التالية :

أولاً : التعريفات التي عرفت العقد بصيغته (الإيجاب والقبول) وذلك : كتعريف ابـن الهمـام : "مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر ... أو كلام الواحد القائم مقامهما"[(٥)] . وتعريـف

---

(١) سورة المائدة ، من آية ١ .

(٢) الجصاص ، أحمد بن علي ، (ت٣٧٠هـ) . أحكام القرآن ، تحقيق محمد قمحـاوي ، دار إحيـاء التـراث العربي ، بيروت ، ١٩٨٥م ، ج٣ ، ص٢٨٥ . ابن العربي ، محمد بن عبد ا ، (ت٥٤٣هـ) . أحكام القرآن، ط١ ، تحقيق عبد الرزاق المهدي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ٢٠٠٠م ، ج٢ ، ص٦ وما بعدها. القرطبي ، محمد بن أحمد ، (ت٦٧١هـ) . الجامع لأحكام القرآن ، ط٥ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦م، ج٦ ، ص٢٣- ص٢٤ . الكيا الهراسي ، عماد الدين بن محمد ، (ت ٥٠٤هـ) . أحكام القـرآن ، ط١ ، دار الكتـب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٣م ، ج٣ ، ص٧ – ص٨ . ابن كثير ، أبو الفداء إسماعيل ، (ت ٧٧٤هـ) . تفـسير القرآن العظيم ، دار الجيل ، بيروت ، ج٢ ، ص٤ .

(٣) الجصاص ، أحكام القرآن ، ج٣ ، ص٢٨٥ .

(٤) الزركشي ، محمد بن بهادر ، (ت٧٩٤هـ) . المنثور في القواعد ، ط١ ، تحقيق محمـد إسـماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠م، ج٢ ، ص١٢٢ – ص١٢٣ . الحصني ، أبو بكر بن محمد ، (ت٨٢٩هـ). كتاب القواعد ، ط١ ، تحقيق د. عبد الرحمن الشعلان و د. جبريل البـصيلي ، مكتبـة الرشـد ، الريـاض ، ١٩٩٧م، ج٤ ، ص١٢٢ . المحلي ، حسين بن محمد ، (ت١١٧٠هـ) . الفروع ، ط١ ، تحقيق محمد إسماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٩م ، ج١ ، ص٦٥ .

(٥) ابن الهمام ، محمد بن عبد الواحد ، (ت ٨٦١هـ) . شرح فتح القدير ، ط١ ، تحقيق عبد الرزاق المهـدي، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥م ، ج٣ ، ص١٧٧ .

الدسوقي : "كل ما يتوقف على إيجاب وقبول"[١] .وتعريف ابن قاسم العبادي : "مجموع الإيجاب والقبول"[٢] .

ثانياً : التعريفات التي عرفت العقد بصيغته ، مضافاً لها الارتباط الحاصل بينهما مـن مثـل : تعريف صدر الشريعة عبيد ا بن مسعود : "ربط أجزاء التصرف – أي الإيجاب والقبـول – شرعاً"[٣] . وتعريف الزركشي : "ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي"[٤] .

وقد اختار كثير من المعاصرين هذا التعريف ، بعد تقييدهم للارتباط – الوارد في التعريـف – بأن يكون على وجه يترتب عليه أثره الشرعي في محله[٥] .

ثالثاً : التعريفات التي عرفت العقد بأثره وحكمه المترتب عليه ، كتعريف الورشكي الحنفي : "معنى يحل المحل فيتغير به"[٦] .

وظاهر من التعريفات المتقدمة حصر العقد بما يتوقف وجوده على طرفين : إذ الإيجاب والقبول المتضمنان في تلك التعريفات ، يستدعيان وجود طرفين يصدران منهما . وهي بهذا تخرج مـا كان صادراً من إرادة واحدة كالنذر عن معنى العقد ، وتجعله قاصراً دونها .

هذا ،وإن إطلاق كلمة العقد على المعنى الثاني هو الأجدر بالقبول ؛إذ هو المعنى المتبادر إلـى الذهن عند الإطلاق.ولا سيما وأن الأمر يتعلق بالاصطلاح ، والاصطلاح كلمـا كـان أوضـح

---

[١] الدسوقي ، محمد بن أحمد ، (ت ١٢٣٠هـ) .حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ط١ ، تحقيـق محمـد شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦م ، ج٤ ، ص٨ .

[٢] ابن قاسم العبادي ، أحمد ، (ت ٩٩٤هـ) . حاشية ابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج ، ط١ ، تحقيـق محمد الخالدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦م ، ج٥ ، ص٣٧٤ .

[٣] صدر الشريعة ، عبيد ا بن مسعود ، (ت ٧٤٧هـ) . شرح الوقاية ، ط١ ، المطبعة الأدبيـة ، مـصر ، ١٣١٨هـ ، ج١ ، ص١٦٢ .

[٤] الزركشي ، المنثور ، ج٢ ، ص١٢٢ .

[٥] باشا ، محمد قدري ، (١٩٠٩) . مرشد الحيران ، ط٣ ، مصر ، المطبعة الأميرية ، م (٢٦٢) ، ص٦٥. أبو زهرة ، محمد ، الملكية ونظرية العقد ، دار الفكر العربي ، ص١٧٩ ، ص١٨١ . الخفيف ، علي ، أحكـام المعاملات الشرعية ، البحرين ، طبع على نفقة بنك البركة الإسلامي للاستثمار ، ص٢٠٤ .الزرقا ،مـصطفى أحمد ، (١٩٩٨) . المدخل الفقهي العام ، ط١ ، دمشق ، دار القلـم ، ج١ ، ص٣٨١ ومـا بعـدها. زيـدان ، عبدالكريم ، (١٩٩٢) . المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، ط١٢ ، المنصورة ، دار الوفاء ، بغـداد ، مكتبـة القدس ، ص٢٣٩ .

[٦] ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٣ ، ص١٧٧ .

الدلالة على معناه كان أولى وأحرى بالقبول . ومن ذا الذي يتبادر إلى ذهنه عند إطـلاق كلمـة العقد اليمين ، أو النذر ، كما أن هذا المعنى هو الدارج في كتابات المعاصرين(١) .

وإذا كان الأمر كذلك ، فلنتجه إلى تحديد تعريف للعقد ينسجم مع المعنى الخاص له ، وهذا يـتم بمناقشة التعريفات الواردة بالمعنى الخاص للعقد ، والخلوص منها إلى تعريف مختار علىالنحو التالي :

أولاً : التعريفات التي عرفت العقد بصيغته ، قصرت العقد على الإيجاب والقبول فقط ، مخرجةً بذلك الارتباط الحاصل بينهما . وهذا غير متجه ؛ لأن العقد لا يتم بمجرد وجـود الإيجـاب و القبول حساً ، بل بحكم الشارع الحكيم بالارتباط بينهما ارتباطاً حكمياً ، تترتـب عليـه الآثـار المقصودة من العقد ، كنقل ملكية المبيع والثمن – في البيع مثلاً - ، بحيث تكون تلـك الآثـار نتيجة لهذا الارتباط الحكمي ، فليس العقد مجرد الإيجاب والقبـول الحـسيين ، ولا الارتبـاط الحكمي وحده ، بل هو مجموع الثلاثة(٢) .

كما يقال في تعريف ابن الهمام – فضلاً عما تقدم – إن "فيه زيادة لا حاجة إليها ، وهـي ذكـر العاقدين : وذلك لأن كلاً من الإيجاب والقبول ليس إلا تعبيراً عن الإرادة فيـدل علـى وجـود المعبر . ولا سيما أن الحنفية – بما فيهم ابن الهمام – لم يجعلوا العاقدين ركناً فـي العقـد(٣) .

أضف إلى ذلك أن ذكر "المتكلمين" منافٍ لمذهبه – أي ابن الهمام – في أن المراد بالإيجاب

---

(١) أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، ص١٨١ . الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، ص٢٠٦ . الزرقـا، المدخل ، ج١ ، ص٣٨١ وما بعدها . سراج ، محمد ، نظرية العقد ، الاسكندرية ، دار المطبوعات الجامعيـة، ص١٣ .

(٢) صدر الشريعة ، عبيد ا بن مسعود ، (ت ٧٤٧هـ) . التوضيح لمـتن التنقـيح ، ط١ ، تحقيـق محمـد درويش، دار الأرقم ، ١٩٩٨م ، ج١ ، ص٤٥٦ – ص٤٥٧ . ابن عابدين ، محمد أمين ، (ت ١٢٥٢هـ) . رد المحتار ، ط١ ، تحقيق عبد الحميد حلبي ، دار المعرفة ، بيروت ، ٢٠٠٠م ، ج٤ ، ص٧٧ – ص٧٨ .

(٣) البابرتي ، محمد بن محمود (ت ٧٨٦هـ) . العناية شرح الهداية ، ط١ ، تحقيق عبد الرزاق المهدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥م ، ج٣ ، ص١٧٧ . ابن الهمـام ، شـرح فـتح القـدير ، ج٦ ، ص٢٣٠ . الحصكفي ، محمد بن علي ، (ت ١٠٨٨هـ) . الدر المختار ، ط١ ، تحقيق عبد الحميد حلبي ، دار المعرفـة، بيروت ، ٢٠٠٠م ، ج٧ ، ص١٢ .

والقبول أعم من القول ، حيث يشملان الفعل أيضاً[١] "[٢] .

ثانياً : أما التعريفات التي عرفت العقد بصيغته ، مضافاً إليها الارتباط الحاصل بينهما – فلا يرد عليها ما ورد على التعريفات السابقة ؛ لنصها صراحة على الارتباط الحاصل بـين الإيجـاب والقبول .

إلا أن تعريفي صدر الشريعة ، والزركشي قد حويا بعض الكلمات التي يمكن حـذفها : فكلمـة "شرعاً" الواردة في تعريف صدر الشريعة ، تجعل التعريف غير جامع لتلك العقود التي يكـون الربط فيها غير شرعي ، كالعقود الفاسدة ، والمنهي عنها ، مع أن تعريفه كان لمطلق العقـد[٣].

وكلمة "الالتزامي" الواردة في تعريف الزركشي ، لا وجه لإيرادها ؛ لأن الالتزام أثـر يحدثـه العقد، وليس العقد نفسه ، فعقد البيع – مثلاً – يحدث التزاماً بتسليم المبيع إلى المشتري ، وتسليم الثمن إلى البائع ، فهي آثار يحدثها عقد البيع ، وليست عقد البيع نفسه .

أما تقييد المعاصرين للارتباط الحاصل بين الإيجاب والقبول بأن يكون على وجه يترتب عليـه أثره الشرعي في محله – فمن شأنه أن يجعل تعريفهم تعريفاً للانعقاد لا للعقد ، وفرق بينهمـا : ذلك أن العقد عام في كل ارتباط حاصل بين الإيجاب والقبول ، سواء أترتب عليه أثـره أم لا. أما الانعقاد فهو خاص بما إذا ترتب عليه أثره الشرعي ، وذلك إذا تحققت شـروطه المعتبـرة فيه[٤] .

يقول البابرتي : "قوله (أي المرغيناني) : "البيع ينعقد بالإيجاب والقبول" ، الانعقاد ها هنا : تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً ، على وجه يظهر أثره في المحل"[٥] .

ويقول ابن الهمام : "قوله (أي المرغيناني) : "النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول" ..... أي ذلك العقد الخاص (أي النكاح) ينعقد حتى تتم حقيقته في الوجود بالإيجاب والقبول . والانعقاد : هو

---

(١) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٦ ، ص٢٣٠ – ص٢٣١ .

(٢) القره داغي ، علي محيي الدين (١٩٨٥) . مبدأ الرضا في العقود ، ط١ ، بيروت ، دار البشائر الإسلامية، ج١ ، ص١١٩.

(٣) المرجع نفسه ، ج١ ، ص١٢٤ – ص١٢٥ .

(٤) المرجع نفسه ، ج١ ، ص١٢١ - ص١٢٢ .

(٥) البابرتي ، العناية ، ج٦ ، ص٢٣١ .

ارتباط أحد الكلامين بالآخر ، على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعياً ، ويستعقب الأحكام"[١].

ونتيجة لما تقدم ، تكون تعريفات المعاصرين غير جامعة لتلك العقود التـي لا تترتـب عليهـا آثارها ، كالعقد الفاسد ، والباطل ، والموقوف ؛ لأنها تعريفات خاصة بالعقود التي تترتب عليها آثارها مع أن الفقهاء[٢] أطلقوا عليها كلمة العقد[٣].

ثالثاً : أما التعريفات التي عرفت العقد بأثره وحكمه المترتب عليه ، كما هو الحال في تعريـف الورشكي الحنفي – فقد أجاب عنه ابن الهمام بأنه تعريف للعقد بحكمه وأثره : فإن هذا المعنـى الذي يحل المحل فيتغير به من الحلّ والحرمة ، هو حكم العقد وأثره لا العقد نفسه[٤] . ومن هنا، فلا يكون تعريفه تعريفاً للعقد ، بل لأثره .

وإذا كان المأخذ على تعريفي صدر الشريعة ، والزركشي احتواءهما لكلمات يمكن حذفها – كما تقدم سابقاً - ، فإن ارتضاءهما يكون بحذف تلك الكلمات ، وانطلاقاً من ذلك ، يكون التعريـف المختار للعقد هو : **ارتباط الإيجاب بالقبول** .

وهو تعريف ينسجم مع المعنى الخاص للعقد ، ويتلافى الاعتراضات الواردة علـى التعريفـات السابقة . **وفيما يلي شرح لهذا التعريف :**

-كلمة (ارتباط) : تشير إلى الارتباط الحاصل بين الإيجاب والقبـول ارتباطـاً حكميـاً بفعـل الشرع[٥] .

-(الإيجاب بالقبول) : اختلف الفقهاء في تعريف الإيجاب والقبول :

---

[١] ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٣ ، ص١٨٢ .

[٢] انظر – مثلاً - : ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم ، (ت ٩٧٠هـ) . البحر الرائق ، ط١ ، تحقيق زكريـا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيـروت ، ١٩٩٧م ، ج٥ ، ص٤٣٨ . المـواق ، محمـد بـن يوسـف ، (ت ٨٩٧هـ). التاج والإكليل ، ط١ ، تحقيق زكريا عميرات ، دار الكتـب العلميـة ، بيـروت ، ١٩٩٥م ، ج٦ ، ص٢٥٥ . الزركشي ، المنثور ، ج٢ ، ص١٣٠ – ص١٣١ . ابن قدامة ، عبد ا بن أحمد ، (ت٦٢٠هـ ـ) . المغني على مختصر الخرقي ، ط١ ، تحقيق عبد السلام شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيـروت ، ١٩٩٤م ، ج٤ ، ص٣٦ .

[٣] القره داغي ، مبدأ الرضا في العقود ، ج١ ، ص١٢٠ .

[٤] ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٣ ، ص١٧٧ .

[٥] صدر الشريعة ، التوضيح ، ج١ ، ص٤٥٦ – ص ٤٥٧ . ابن عابـدين ، رد المحتـار ، ج٤ ، ص٧٧ – ص٧٨ .

فيرى الحنفية[1] أن الإيجاب : ما صدر أولاً من أحد العاقدين دالاً على رضاه بإنـشاء العقـد .
والقبول : ما صدر ثانياً من العاقد الآخر دالاً على رضاه بما أوجبه الأول .
ويرى جمهور الفقهاء من : المالكية[2] ، والشافعية[3] ، والحنابلة[4] أن الإيجاب : ما صدر مـن المملك – كالبائع – دالاً على رضاه بالعقد . والقبول : ما صدر من المتملك – كالمشتري – دالاً على رضاه بما أوجبه الآخر .

ومع تقديرنا للاختلاف الواقع بين الحنفية والجمهور بأنه لا يعدو أن يكون اختلافاً اصطلاحياً لا مشاحة فيه – إلا أن اصطلاح الحنفية هو الأولى بالقبول : ذلك أن المعيار الذي سلكه الجمهـور في التفرقة بين الإيجاب والقبول ليس متجهاً ؛ لأن كلاً من العاقدين مملك ومتملك في آن واحد : ففي البيع – مثلاً – البائع يملك المشتري السلعة ، ويمتلك هو الثمن . والمشتري يملـك البـائع الثمن ، ويمتلك هو الآخر السلعة . وإذا كان الأمر كذلك ، فلا بد من معيار يميز بين الإيجـاب والقبول ، بحيث لا يلتبس أحدهما بالآخر . وهذا ما نراه حاصلاً في اصطلاح الحنفية .

المطلب الثاني : أركان العقد

---

(1) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٦ ، ص٢٣٠ . الشلبي ، شهاب الدين أحمد ، (ت ١٠٠٠ هـ ـ) .حاشـية الشلبي على تبيين الحقائق ، ط١ ، تحقيق أحمد عناية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠م ، ج٤ ، ص٢٧٧ – ص٢٧٨ .

(2) الحطاب ، محمد بن محمد ، (ت ٩٥٤هـ) . مواهب الجليل ، ط١ ، تحقيق زكريا عميرات ، دار الكتـب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥م ، ج٦ ، ص١٣ . العدوي ، علي بن أحمد ، (ت ١١٨٩هـ) . حاشية العدوي علـى كفاية الطالب الرباني ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م ، ج٢ ، ص١٨٠ .

(3) الشربيني ، محمد بن الخطيب ، (ت ٩٧٧هـ) . مغني المحتاج ، ط١ ، دار الفكر ، بيـروت ، ١٩٩٨م ، ج٢، ص٤ ، ص٥ . المليباري ، زين الدين عبد العزيز ، فتح المعين ، ط١ ، تحقيق محمد هاشم ، دار الكتـب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥م ، ج٣ ، ص٥ ، ص٦ .

(4) الحجاوي ، شرف الدين موسى ، (ت ٩٦٠هـ) . الإقناع ، تحقيق عبد اللطيف الـسبكي ، دار المعرفـة ، بيروت ، ج٢ ، ص٥٦ . البهوتي ، منصور بن يونس ، (ت ١٠٥١هـ) . كشاف القناع ، ط١ ، تحقيق محمـد إسماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م ، ج٣ ، ص١٦٧ .

الركْن لغـة : "الراء ، والكاف ، والنون أصل واحد يدل على قُـوة .فَـرِكْن الـشيء : جانبـه الأقوى"[١] .

أما **الركن اصطلاحاً** : فقد اختلف الفقهاء في تعريفه :

فعند الحنفية[٢] : هو ما يتوقف قيام الشيء عليه ، ويكون جزءاً داخلاً في ماهيته . أما إن كـان خارجاً عن ماهيته فهو الشرط .

وعند الجمهور : الركن : ما لا بد للشيء منه في وجوده ، سواء أكان داخـلاً فـي حقيقتـه أم مختصاً به[٣] . أما الشرط : فما لا يوجد المشروط عند عدمه ، ولا يلزم أن يوجد عند وجوده[٤] .

---

[١] ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ص٣٩٨ . مادة (ركن) . وانظر : الفيروز أبادي ، القاموس المحـيط ، ص ١٢٠١ ، مادة (ركن) .

[٢] الحصكفي ، الدر المختار ، ج١ ، ص٢١٤ – ص٢١٥ . ابن عابـدين ، رد المحتـار ، ج١ ، ص٢١٤ – ص٢١٥ .

[٣] الدردير ، أحمد ، (ت ١٢٠١هـ) . الشرح الصغير ، ط١ ، تحقيق محمد شاهين ، دار الكتـب العلميـة ، بيروت ، ١٩٩٥م ، ، ج٣ ، ص٤. الصاوي ، أحمد ، (ت ١٢٤١هـ) . بلغة السالك لأقرب المـسالك ، ط١ ، تحقيق محمد شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥م ، ج٣ ، ص٤ .الأنصاري ، زكريا بن محمد ، (ت ٩٢٦ هـ) . الغرر البهية ، ط١ ، تحقيق محمد عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م ، ج٤ ، ص٣٩٨ . الرملي ، أبو العباس بن أحمد ، (ت ٩٥٧هـ) . حاشية الرملي على أسنى المطالب ، ط١ ، تحقيق د. محمـد تامر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١م ، ج٤ ، ص٤ .

[٤] ابن الحاجب ، عثمان بن عمرو (ت ٦٤٦هـ) . منتهى الوصول والأمـل ، ط١ ، دار الكتـب العلميـة ، بيروت ، ١٩٨٥م ، ص١٢٨ . الصاوي ، بلغة السالك ، ج١ ، ص٩١ . الآمدي ، سيف الـدين علـي ، (ت ٦٣١هـ) . الإحكام في أصول الأحكام ، ط١ ، تحقيق إبراهيم العجوز ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٥م، ج١ ، ص١١٢ . ابن قدامة ، عبد ا بن أحمد ، (ت ٦٢٠هـ) .روضة الناظر وجنة المناظر ، ط١، تحقيق د. شعبان إسماعيل ، المكتبة المكية ، مكـة ، ١٩٩٨م ، ج١ ، ص١٧٩ . ابـن اللحـام ، علـي بـن محمـد ، (ت٨٠٣هـ) . المختصر في أصول الفقه ، تحقيق د. محمد مظهر بقا ، دار الفكر ، دمشق، ١٩٨٠م، ص٦٦ .

وقد ترتب على الاختلاف في تعريف الركن ، الاختلاف في عدد أركان العقد : فيرى الحنفية[١] أن للعقد ركناً واحداً ، وهو الإيجاب والقبول فقط .

ويرى جمهور الفقهاء[٢] أن للعقد ثلاثة أركان : الإيجاب والقبول ، العاقدان ، المعقود عليه .

ولا طائل وراء هذا الاختلاف ؛ لأن كل عقد لا بد فيه من : إيجاب وقبول ، وعاقدين ، ومعقود عليه . سواء أقلنا بأنها جميعاً أركان أم بعضها .

هذا ، وقد سبق بيان معنى الإيجاب والقبول في معرض الحديث عن تعريف العقد[٣] ، فلا حاجة لذكره مرة أخرى . أما العاقدان ، فالمراد بهما : الطرفان اللذان يتوليان إبرام العقد . أما المعقود عليه ، ويسمى محل العقد – وهو المصطلح الوارد في عنوان الرسالة – فلبيانه نقول :

إن مصطلح (محل العقد) مركب إضافي من كلمتين : مضاف وهو المحل ،ومضاف إليه وهو العقد . أما تعريف العقد ، فقد تقدم بيانه بما يغني عن إعادته[٤] .

أما المَحَل فهو **لغة :** من حل بالمكان يحل ويحِل حلا وحلولاً ومحلا وحلَلاً – وهو نادر - : إذا نزل به[٥] . "والمحل بفتح الحاء – والكسر لغة حكاها ابن القطاع - : موضع الحلول . والمحِل بالكسر : الأجل"[٦] .

---

[١] الكاساني ، أبو بكر بن مسعود ، (ت ٥٨٧هـ) . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط١ ، تحقيق محمد حلبي ، دار المعرفة ، بيروت ، ٢٠٠٠م ، ج٥ ، ص٢٢٤ . البابرتي ، العناية ، ج٣ ، ص١٧٧ .

[٢] الخرشي ، محمد بن عبد ا ، (ت ١١٠١هـ) . حاشية الخرشي على مختصر خليل ، ط١ ، تحقيق زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م ، ج٥ ، ص٢٦١ . الدردير ، أحمد بن محمد ، (ت ١٢٠١هـ).الشرح الكبير على مختصر خليل ، ط١ ، تحقيق محمد شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٩٩٦م ، ج٤ ، ص٣ – ص٤ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٤ . الرملي ، محمد بن أبي العباس ، (ت ١٠٠٤هـ) . نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ط الأخيرة ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٤م ، ج٣ ، ص٣٧٤ . ابن مفلح ، إبراهيم بن محمد ، (ت ٨٨٤هـ) . المبدع شرح المقنع ، ط١ ، تحقيق محمد إسماعيل، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م ، ج٤ ، ص٤ . البهوتي ، كشاف القناع ، ج٣ ، ص١٦٧ .

[٣] انظر : ص ١٥ – ص١٦ .

[٤] انظر : ص ١٠ وما بعدها .

[٥] ابن منظور ، لسان العرب ، ج١١ ، ص١٦٣ ، مادة (حلل) . الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، ص٩٨٦، مادة (حلل) .

[٦] الفيومي ، المصباح المنير ، ج١ ، ص٢٠٣ ، مادة (حلل) .

أما **المحل اصطلاحاً** : فيتحدد معناه بناء على ما يضاف له ، وهو هنا مضاف إلى العقد . فمحل العقد اصطلاحاً : ما يقع عليه التعاقد ، ويظهر فيه أثر العقد وحكمه. ومن هنا ، يختلف محل العقد باختلاف ما يقع عليه التعاقد ، فقد يكون : عيناً مالية كما في المبيع، أو منفعةً كما في إجارة الأعيان ، أو عملاً كما في إجارة الأشخاص ، أو ديناً كما في الحوالة والكفالة[١] .

المطلب الثالث : أقسام العقد

للعقد تقسيمات كثيرة ، تختلف بحسب الجهة المنظور إليها في كل تقسيم . وفيما يلي بيان لأهمها:

التقسيم الأول : تقسيم العقد باعتبار وصفه الشرعي

اختلف الفقهاء في تقسيم العقد بهذا الاعتبار : فرأى الحنفية[٢] أنه ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

١-العقد الصحيح : وهو ما استجمع أركانه وشرائطه ، بحيث تترتب عليه آثاره . فهو مشروع بأصله ووصفه .

٢-العقد الفاسد : وهو ما كان مشروعاً في نفسه ، إذ لا خلل في ركنه ، وأهله ، ومحله، ولكنه غير مشروع من جهة ما اتصل به ولازمه . فهو مشروع بأصله دون وصفه.كالبيع مع جهالة الثمن أو المبيع جهالة تفضي إلى المنازعة : فالبيع لا خلل في ركنه ، وأهله ، ومحله ، وإنما الفساد باعتبار الجهالة المفضية إلى النزاع .

٣-العقد الباطل : وهو ما ليس مشروعاً بأصله ولا بوصفه ، بحيث لا تترتب عليه آثاره. كالعقد الذي انعدمت فيه أهلية العاقد كبيع المجنون ، أو انعدم فيه محله كبيع الميتة .

---

[١] الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، ص٢٧٨ . الزرقا ، المدخل ، ج١ ، ص٤٠٠ . زيدان ، المدخل ، ص٢٥٧ .

[٢] السمرقندي ، محمد بن أحمد ، (ت ٥٣٩هـ) . ميزان الأصول ، ط٢ ، تحقيق د. محمد زكي عبد البر ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، قطر ، ١٩٩٧م ، ص٣٧ ، ص٣٩ . النسفي ، عبد الله بن أحمد ،(ت ٧١٠هـ) . كشف الأسرار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج١ ، ص١٤٧ . البخاري ، عبد العزيز بن أحمد، (ت٧٣٠هـ) . كشف الأسرار ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م ، ج١ ، ص٣٨٠ . ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٦ ، ص١١٣ – ص١١٤ .

ويرى جمهور الفقهاء[١] أن العقد ينقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين :

١-العقد الصحيح : وهو ما استجمع أركانه وشرائطه ، بحيث تترتب عليه آثاره .

٢-العقد غير الصحيح : وهو الذي لم يستجمع أركانه وشرائطه ، بحيث لا تترتب عليه آثاره؛ لخلل في أصله أو وصفه . ويسمى فاسداً أو باطلاً دون فرق بينهما .

التقسيم الثاني : تقسيم العقد باعتبار اللزوم وعدمه

وهو بهذا الاعتبار ينقسم إلى ثلاثة أقسام[٢] :

١-عقد لازم من الطرفين : وهو ما لا يستقل أحدهما بفسخه . من مثل : البيع ، السلم ، الإجارة ، الحوالة .

٢-عقد غير لازم (جائز) من الطرفين ، فلكل منهما فسخه . من مثل : الشركة ، المضاربة، الوكالة ، العارية ، الوديعة ، الوصية .

٣-عقد لازم من أحدهما ، جائز من الآخر . كالرهن بعد القبض : فإنه جائز من جهة المرتهن ، فله فسخه . ولازم من جهة الراهن ، فليس له فسخه .وكالكفالة : فإنها جائزة من جهة المكفول له ، ولازمة من جهة الكفيل .

هذا ، وقد وضع ابن الوكيل ضابطاً للعقد غير اللازم فقال : "وهذا هو الضابط : أن كل من لا

---

[١] ابن الحاجب ، منتهى الوصول والأمل ، ص٤١ . حلولو ، أحمد بن عبد الرحمن ، (ت ٨٩٨هـ) .الضياء اللامع شرح جمع الجوامع ، ط١ ، تحقيق د. عبد الكريم النملة ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ، ١٩٩٤م ، ج١، ص٢١٨ – ص٢٢٠ ، ص٢٢٧ . البيضاوي ، عبد الله بن عمر ، (ت ٦٨٥هـ) . منهاج الوصول ، عالم الكتب ، بيروت ، ١٩٨٢م ، ج١ ، ص٩٤ . السبكي ، تاج الدين عبد الوهاب ، (ت٧٧١هـ) . جمع الجوامع ، ط١ ، تحقيق د. عبد الكريم النملة ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، الرياض ، ١٩٩٤م ، ج١ ، ص٢١٨ ، ص ٢٢٧ . الإسنوي ، جمال الدين عبد الرحيم ، (ت٧٧٢هـ) . نهاية السول، عالم الكتب ، بيروت ، ١٩٨٢م ، ج١ ، ص٩٥ – ص٩٧ . ابن قدامة ، روضة الناظر ، ج١ ، ص١٨٢ – ص١٨٤ . ابن اللحام ، علي بن محمد ، (ت٨٠٣هـ) . القواعد والفوائد الأصولية ، ط١ ، تحقيق عبد الكريم الفضيلي ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ١٩٩٨م ، ص١٥٢ .

[٢] ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم ، (٩٧٠هـ) . الأشباه والنظائر ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٣م ، ص٣٣٦ . الزركشي ، المنثور ، ج٢ ، ص١٢٣ – ص١٢٤ . السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن، (ت٩١١هـ) . الأشباه والنظائر ، ط الأخيرة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، ١٩٥٩م ، ص٢٧٥ – ص٢٧٦ . ابن قدامة ، المغني ، ج٣ ، ص٤٢٠ – ص٤٢١ .

يغرم في عقد ، فإنه جائز من جهته"[١] .

وهذا ضابط صحيح تشهد له الأمثلة المتقدمة : ففي الكفالة – مثلاً – لما لم يكن ثمة غرم فيها بالنسبة للمكفول له دون الكفيل ، كانت جائزة من جهته ، ولازمة من جهة الكفيل .

لا يقال : إن العارية ، والوديعة ، والوكالة ..... عقود جائزة ، مع أن المستعير ، والمودع عنده ، والوكيل يغرمون إذا تعدوا فيها – لا يقال ذلك ؛ لأن الأصل فيها عدم الغرم ، إذ هي من عقود الأمانات ، والتي لا يضمن فيها العاقد إلا بالتعدي والتقصير ، فكان الغرم عارضاً لا أصلاً فيها .

كما وجه الحصني عدم اللزوم في الأمثلة المذكورة في القسم الثاني : بأن مصالح هذه العقود لا تتم إلا بذلك ؛ إذ لو كانت لازمة ، لرغب كثير من الناس عنها ؛ لما في لزومها من مشقة[٢] .

التقسيم الثالث : تقسيم العقد باعتبار النفاذ وعدمه

وهو بهذا الاعتبار ينقسم إلى قسمين[٣] :

١- عقد نافذ : وهو العقد الصحيح ، الذي لم يتعلق به حق للغير ، ويفيد آثاره في الحال .

٢- عقد موقوف : وهو العقد الصحيح ، الذي تعلق به حق للغير – كمن يبيع ملك غيره بغير إذنه - ، ولا يفيد آثاره في الحال ، وإنما يفيدها عند إجازة صاحب الشأن .

التقسيم الرابع : تقسيم العقد باعتبار غايته والمقصود منه

تنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى الأقسام التالية [٤] :

١- عقود التمليكات : وهي التي يراد بها تمليك عين أو منفعة ، بعوض أو بدونه .

وهي تنقسم إلى قسمين :

---

[١] ابن الوكيل ، محمد بن عمر ، (ت ٧١٦هـ) . الأشباه والنظائر ، ط١ ، تحقيق د. أحمد العنقري و د. عادل الشويخ ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ١٩٩٣م ، ج١ ، ص٣٧٥ .

[٢] الحصني ، كتاب القواعد ، ج٤ ، ص١٢٢ .

[٣] ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٥ ، ص٤٣٨ ، ج٦ ، ص١١٣ – ص١١٤ . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٧، ص٦ – ص٧ .

[٤] الحصكفي ، الدر المختار ، ج٧ ، ص٥٢٧ – ص٥٢٨ . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٧ ، ص٥٢٧ – ص٥٢٨ .الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، ص٤٤٤ – ص٤٤٥ . زيدان ، المدخل ، ص٣١٢ – ص٣١٣ .

أ- عقود معاوضات : وهي ما كان التمليك فيها بعوض . مثل : البيع ، السلم ، الإجارة....

ب- عقود تبرعات : وهي ما كان التمليك فيها بغير عوض . مثل : الهبة ، العارية ،الوصية.

٢- عقود الإسقاطات : وهي التي يراد بها إسقاط ما للإنسان من حق تجاه غيره . سواء أكـان بلا بدل ، كالتنازل عن الشفعة ، وهذا إسقاط محض .أم كان ببدل ، كالصلح في الدين ، وهـذا إسقاط فيه معنى المعاوضة .

٣- عقود التفويض والإطلاقات : وهي التي يراد بها تفويض الغير ، وإطلاق يده في التصرف بعمل كان ممنوعاً عليه قبل ذلك . كعقد الوكالة ، والإذن للصغير المميز بمباشرة بعض أعمـال التجارة .

٤-عقود التقييدات : وهي التي يراد بها منع شخص من تصرف كان مباحاً له من قبل . كعزل الوكيل : فالوكالة إطلاق للوكيل في التصرف ، والعزل تقييد لذلك الإطلاق .

٥-عقود التوثيقات : وهي التي يراد بها تأمين الدائن على دينه بتوثيقه . كالكفالة ، والحوالـة ، والرهن .

٦-عقود المشاركات : وهي التي يراد بها الاشتراك في العمل والربح . كالشركة ، والمضاربة ، والمزارعة ، والمساقاة .

٧-عقود الحفظ : وهي التي يراد بها حفظ المال . كالوديعة .

التقسيم الخامس : تقسيم العقد باعتبار الفورية والاستمرار

تنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى قسمين[١] :

١- عقود فورية : وهي التي لا يستغرق تنفيذها مدة ممتدة من الزمن تشغله باستمرار ، بل يتم تنفيذها فوراً دفعة واحدة ، في الوقت الذي يختاره العاقدان . كالبيع ولو بثمن مؤجل .

٢- عقود مستمرة : وهي التي يستغرق تنفيذها مدة ممتدة من الزمن ، بحيـث يكـون الـزمن عنصراً أساسياً في تنفيذها . كالإجارة : فإن تنفيذها يحتاج إلى وقت متسع يسري حكم العقد فيه باستمرار .

---

[١] الزرقا ، المدخل ، ج١ ، ص٦٤٤ .

وهذا التقسيم تجد معناه في معرض حديث السيوطي عن أقسام العقد في كتابه : الأشباه والنظائر[١] ، ففي التقسيم الخامس للعقد ، من حيث التأقيت وعدمه ، قال نقلاً عن البُلْقِيْنِي : "كل عقد كانت المدة ركناً فيه ، لا يكون إلا مؤقتاً. كالإجارة ، والمساقاة ، والهدنة . وكل عقد لا يكون كذلك ، لا يكون إلا مطلقاً"[٢] .

ثم قسم السيوطي – بناء على ذلك – العقد إلى : ما لا يقبل التأقيت بحال ، ومتى أقت بطل . كالبيع . وإلى ما يقبله ، وهو (التأقيت) شرط في صحته . كالإجارة ، والمساقاة ، والهدنة . وإلى ما يقبله ، وليس شرطاً في صحته . كالوكالة[٣] .

فهذا العقد الذي تكون المدة ركناً فيه ، ليس إلا العقد المستمر ، ولهذا لا يكون إلا مؤقتاً بطبيعته، حيث إن تنفيذه يستلزم ذلك . وقد كان التمثيل له – كما رأينا في كلام البلقيني – بعقود مستمرة كالإجارة ، والمساقاة ، والهدنة . كذلك ، فإن العقد الذي لا تكون المدة ركناً فيه، ليس إلا العقد الفوري ، ولهذا لا يقبل التأقيت بطبيعته ، بل يبطله التأقيت كما ذكر السيوطي . وقد كان التمثيل له – كما رأينا في كلام السيوطي – بعقد فوري ، وهو البيع .

ولهذا التقسيم أهميته فيما نحن بصدد بحثه (أثر فوات محل العقد) ؛ إذ يختلف تأثير فوات محل العقد في بعض حالاته بحسب ما إذا كان العقد فورياً أو مستمراً : ففي عقد الإجارة المستمر – مثلاً - ، يحق للمستأجر الفسخ بطروء العيب الحادث على المأجور وهو في يده ، والذي (العيب) يسبب فوات محل عقد الإجارة . وهذا بخلاف عقد البيع الفوري – مثلاً - ، فإنه لا يحق للمشتري فسخه بالعيب الحادث في المبيع بعد القبض ، والذي يكون من شأنه (العيب) فوات محل عقد البيع[٤] .

---

[١] السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص٢٨٢ – ص٢٨٣ .

[٢] المصدر نفسه ، ص٢٨٢ .

[٣] المصدر نفسه ، ص ٢٨٢ – ص٢٨٣ .

[٤] الزرقا ، المدخل ، ج١ ، ص٦٤٦ . وسيأتي تفصيل القول في ذلك في الفصول القادمة – إن شاء ا تعالى– فنرجئ الحديث إلى حينه .

التقسيم السادس : تقسيم العقد باعتبار الضمان وعدمه

والعقود بهذا الاعتبار تنقسم إلى ثلاثة أقسام[1] :

١-عقود ضمان : وهي التي يكون المال المقبوض فيها مضموناً على قابضه ، فما يصيبه من تلف فما دونه ، ولو بآفة سماوية ، يكون على مسؤوليته . كالبيع .

٢-عقود أمانة : وهي التي يكون المال المقبوض فيها أمانة في يد قابضه ، فلا يكون مسؤولاً عما يصيبه من تلف فما دونه ، إلا إذا تعدى أو قصر . كالوديعة ، والشركة ، والوكالة .

٣-عقود مزدوجة الأثر : فهي عقد ضمان من وجه ، وعقد أمانة من وجه آخر . كالإجارة : فالعين المستأجرة تعتبر أمانة في يد المستأجر ، فلا يضمنها ما لم يتعد أو يقصر في حفظها . ولكن منافع العين المستأجرة – وهي محل عقد الإجارة - ، تعتبر مضمونة على المستأجر بمجرد تمكنه من استيفائها : فلو ترك العين المستأجرة دون الانتفاع بها حتى مضت مدة الإجارة، يكون ما فات من المنافع في تلك المدة مضموناً عليه ، بحيث تلزمه الأجرة ، التي هي قيمة المنافع في تلك المدة .

وقد بين الزرقا ضابط التمييز بين عقود الضمان ، وعقود الأمانة : وهو أن العقد يعتبر عقد ضمان في الناحية التي تتعلق بها المعاوضة فيه . أما فيما سوى ذلك ، فيعتبر العقد عقد أمانة. ومن هنا ، يعتبر عقد البيع عقد ضمان ؛ لأن قبض المعقود عليه فيه قائم على أساس المعاوضة بين الطرفين . وعقود الوديعة ، والشركة ، والوكالة خالية من معنى المعاوضة ، فتعتبر عقود أمانة . أما عقد الإجارة : فإن المعاوضة فيه إنما هي بين الأجرة والمنفعة دون العين المستأجرة ، وإنما يتم تسليمها لتحصيل المنفعة منها . فتعتبر الإجارة عقد ضمان بالنسبة إلى الأجرة والمنفعة ؛ لأنهما محل المعاوضة . وتعتبر – من جهة أخرى – عقد أمانة بالنسبة إلى العين المستأجرة ؛ إذ ليست المعاوضة بينها وبين الأجرة[2] .

---

[1] القرافي ، أحمد بن إدريس (ت ٦٨٤هـ) . الفروق ، ط١ ، دار السلام ، القاهرة ، ٢٠٠١م ، ج٢ ، ص٦٥٤ وما بعدها .الزركشي ، المنثور ، ج٢ ، ص٧٢ وما بعدها . ابن رجب ، عبد الرحمن بن أحمد ، (ت ٧٩٥هـ) . تقرير القواعد ، ط٢ ، تحقيق مشهور آل سلمان ، دار ابن عفان ، القاهرة ، ١٩٩٩م ، ج١ ، ص٢٩٤ وما بعدها . الزرقا ، المدخل ، ج١ ، ص٦٤١ .

[2] الزرقا ، المدخل ، ج١ ، ص٦٤٢ – ص٦٤٣ .

ولهذا التقسيم – كسابقه – أهميته فيما نحن بصدد بحثه (أثر فوات محل العقد) ؛ إذ مـن الآثـار المترتبة على فوات محل العقد ، تضمين العاقد أو عدمه . وهو أثر يتخذ من طبيعة العقد – هل هو عقد ضمان أم أمانة – أساساً له ومنطلقاً في تقرير الحكم وبنائه[١] .

[١] سيأتي تفصيل القول في ذلك في الفصول القادمة – إن شاء الله تعالى – فنرجئ الحديث إلى حينه .

المبحث الثاني : توطئة في فوات محل العقد وتعريف المعاملات المالية

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : توطئة في فوات محل العقد

المطلب الثاني : تعريف المعاملات المالية

المطلب الأول : توطئة في فوات محل العقد

نعرض في هذا المطلب لتعريف فوات محل العقد ، وبيان صوره ، وأسبابه ، وأنواعه ، وأثـره على النحو التالي[١] :

ـ سبق التعريف بالعقد ، ومحله في المبحث الأول . ونتجه هنا إلى **تعريف الفوات** فنقول :

الفوات لغة : "فاتني كذا : أي سبقني ... وفاتني الأمر فَوتاً وفَواتاً : ذهب عني"[٢] .

ويذكر ابن فارس أصل الفوات فيقول : "الفاء ، والواو ، والتاء أصل صحيح يدل على خـلاف إدراك الشيء والوصول إليه ... وتفاوت الشيئان : تباعد ما بينهما : أي لم يدرك هذا ذاك"[٣].

واصطلاحاً : يمكن تعريف الفوات مضافاً إلى محل العقد بأنه : انعدام محل العقد .

ـ والتعبير بالانعدام تعبير عام يتسع **لصور فوات محل العقد** المتعددة من مثل :

١- التلف – وهو أكثر صوره شيوعاً - .كتلـف المبيـع ، والـثمن ، والعـين المـستأجرة ، والمرهونة ... .

٢- انقطاع محل العقد ، وتعذر حصوله ووجوده . كانقطاع المـسلم فيـه ، وتعـذر حـصوله ووجوده عند حلول الأجل[٤] .

٣- سقوط الدين عن المدين أصالة أو عرضاً . كما في الحوالة[٥] ، والكفالة بالدين[٦] .

٤- خروج محل العقد عن ملك صاحبه . كما في خروج الموكل فيه عن ملك الموكـل : بـأن وكله ببيع عين له ، ثم باعها الموكل ، أو وهبها[٧] .

٥- خروج منفعة محل العقد عن ملك صاحبه . كما في خروج منفعة الموكل فيه عن ملك

---

(١) لم يفرد الفقهاء هذه المسائل ببحث مستقل ، وإنما جاء الحديث عنها متناثراً في مواضع متفرقة . لذا فـإنني أرجأت كتابة هذا المطلب إلى حين الفراغ من كتابة جميع مباحث الرسالة ؛ ليتم لـي اسـتقراء هـذه المـسائل وتتبعها؛ تمهيداً إلى كتابتها . لذلك أحلت ما جاء في هذا المطلب على مواضع من المباحث الآتية .

(٢) ابن منظور ، لسان العرب ، ج٢ ، ص٦٩ ، مادة (فوت) .

(٣) ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ص٨٠٠ ، مادة (فوت) .

(٤) انظر : ص ٩٨ .

(٥) انظر : ص ١١٩ وما بعدها .

(٦) انظر : ص ١٦٠ .

(٧) انظر : ص ٢٠٩ .

الموكل : بأن وكله ببيع عين له ، ثم أجرها الموكل[١] .

٦- تغير محل العقد . كما في تغير الموكل فيه[٢] . وهو يعد انعداماً بالنظر إلى أن الحالة التي كان عليها محل العقد قبل التغير قد انعدمت .

ـ **والأسباب** المؤدية إلى فوات محل العقد لا تخرج عن سببين[٣] :

١- الآفة السماوية : "وهي ما لا صنع لآدمي فيها . كريح ، ومطر ، وجليد"[٤] .

٢- فعل الآدمي : وهو إما أن يكون عاقداً : كالبائع أو المشتري في البيع ، والواهب أو الموهوب له في الهبة ... . أو أجنبياً غير عاقد .

ـ وفوات محل العقد : إما أن يكون **كلياً** : وذلك إذا فات جميع محل العقد . أو **جزئياً** : وذلك إذا فات بعضه[٥] .

ـ و **أثر فوات محل العقد** : ما يترتب على انعدامه من : انفساخ العقد ، أو بطلانه ، أو صيرورته غير لازم وإثبات الخيار للعاقد بين فسخه أو إمضائه ، أو التضمين ، أو إيجاب الأجرة ، أو عدم ذلك .

---

[١] انظر : ص ٢١٧ .

[٢] انظر : ص ٢١٨.

[٣] انظر : ص ٣٦، ص ١٧٤ .

[٤] ابن بلبان ، مختصر الإفادات ، ص٣١٣ .

[٥] انظر : ص ٣٦ ، ص ٢٣٢ .

المطلب الثاني : تعريف المعاملات المالية

مصطلح (المعاملات المالية) مكون من كلمتين : معاملات ، ومالية . وفيما يلي بيانهما :

المعاملات لغة : جمع معاملة ، وهي "مصدر من قولك : عاملته وأنا أُعامِله معاملة"[(١)] .

والعمل: عام في كل فعل يفعل . والعين ، والميم ، واللام أصل فيه[(٢)] .وعمِلَ عملاً وأعمله غيره واستَعمله : أي طلب إليه العملَ[(٣)] .

المعاملات اصطلاحاً : تطلق كلمة المعاملات في الاصطلاح ويراد بها معنيان :

١- المعنى العام : وهو الأحكام التي يقصد بها قضاء مصالح العباد ، من خلال تنظيم علاقاتهم فيما بينهم[(٤)] .

وهي بهذا المعنى تقابل العبادات وهي : " ما كان المقصود منها – في الأصل – تقرب العبد إلى الملك المعبود ، ونيل الثواب والجود . كالأركان الأربعة ونحوها"[(٥)] .

من هنا ، قسم ابن جزي الفقه إلى قسمين : عبادات ، ومعاملات[(٦)] .

والمعاملات على هذا المعنى تشمل ما سوى العبادات : كالبيع ، الإجارة وغيرها من العقود المالية ، النكاح ، الطلاق ، الوصايا ، الفرائض ، الأقضية ، طرق الإثبات ، القصاص ، الحدود[(٧)] .

على أن بعض الفقهاء يخرج من المعاملات – بهذا المعنى العام – العقوبات . فهذا ابن عابدين يقسم الفقه إلى ثلاثة أقسام[(٨)] :

١-عبادات : الصلاة ، الزكاة ، الصوم ، الحج ، الجهاد .

٢-معاملات : المعاوضات المالية ، المناكحات ، المخاصمات ، الأمانات ، التركات .

---

(١) ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ص٦٧٧ ، مادة (عمل) .

(٢) المصدر نفسه ، ص٦٧٧ ، مادة (عمل) .

(٣) الجوهري ، الصحاح ، ج٤ ، ص١٤٤٧ ، مادة (عمل) .

(٤) ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٧ ، ص٥ . زيدان ، المدخل ، ص٥٠ .

(٥) ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٧ ، ص٥ .

(٦) ابن جزي ، محمد بن أحمد ، (ت ٧٤١هـ) . قوانين الأحكام الشرعية ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٧٤م ، ص١٦ .

(٧) المصدر نفسه ، ص١٦ .

(٨) ابن عابدين ، رد المحتار ، ج١ ، ص١٨٦ .

٣-عقوبات : القصاص ، حد كلٍ من : السرقة ، الزنا ، القذف ، الردة .

٢- المعنى الخاص : وهو " التصرفات المتعلقة بالمال مطلقاً"[١] .

وظاهر من هذا التعريف ، قصر المعاملات على تلك التصرفات المختصة بالمال ، من مثـل : البيع ، الإجارة ، الشركة ... .فلا يعتبر من قبيل المعاملات – تأسيساً على هذا - : العبـادات، العقوبات ، المناكحات ... وغيرها مما لا يقصد به المال .

هذا ، وما قيل في حمل كلمة العقد على معناها الخاص يقال هنا : فالأولى حمل كلمة المعاملات على معناها الخاص ؛ إذ هو المتبادر إلى الذهن عند الإطلاق . سيما وأن الأمـر هنـا مـرده الاصطلاح القائم على الاجتهاد ، وإنما يراعى في الاصطلاح مدى دلالة المصطلح على معنـاه أتم دلالة وأوضح معنى . وهذا ما نجده في تعريف المعاملات بالمعنى الخاص ، فمن ذا الـذي يتبادر إلى ذهنه عند إطلاق كلمة المعاملات : العقوبات ، أو المناكحات . كما أن هذا المعنى هو الدارج في كتابات المعاصرين[٢] .

أما **(المالية)** فنسبة إلى المال ، وفيما يلي تعريف به[٣] :

المال لغة : " ما ملَكْتَه من كل شيء ، ج : أموال . ومِلْتَ تَمالُ ومِلْتَ وتَمولت واستَمَلْتَ : كثُر مالُك"[٤] .

المال اصطلاحاً : تعددت تعريفات الفقهاء للمال ، ويمكن تصنيفها في اتجاهين اثنين :

الاتجاه الأول : من يرى أن المال خاص بالأعيان دون المنافع . وإليه ذهب الحنفيـة . ولهـذا عرفوا المال بالتعريفات التالية :

---

[١] البيجوري ، إبراهيم ، (ت ١٢٧٧هـ) . حاشية البيجوري على شرح العلامة ابن القاسـم الغـزي ، ط١ ، تحقيق محمد شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤م ، ج١ ، ص ٦٥٠ .

[٢] انظر - مثلاً - : الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، ص٦ . الزرقا ، المدخل ، ج١ ، ص٦٦ . فكـري، علي ، (١٩٣٨). المعاملات المادية والأدبية ، ط١ ، مصر ، مطبعة مصطفى البـابي الحلبـي ، ج١ ، ص٧. الصابوني ، عبد الرحمن ، (١٩٧٩) . المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ، دمشق ، المطبعـة الجديـدة ، ج١ ، ص٨ .

[٣] أبو سرحان ، أحمد شحدة علي ، (٢٠٠٣) . أثر الموت في الحقوق المالية والشخصية في الفقه الإسـلامي، رسالة ماجستير غير منشورة ، الجامعة الأردنية ، عمان ، الأردن ، ص ٢٤ وما بعدها .

[٤] الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، ص١٠٥٩ ، مادة (مول) .

١- " ما يميل إليه الطبع ، ويمكن إدخاره لوقت الحاجة"[١].

٢- "عين يجري فيه التنافس والابتذال"[٢] .

٣- "اسم لغير الآدمي ، خُلق لمصالح الآدمي ، وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار"[٣] .

من هذه التعريفات ، يتبين أن الحنفية يشترطون لتحقق المالية في شيء ما شرطين اثنين[٤] :

١- أن يكون مادياً يمكن إحرازه وحيازته . وبهذا يخرج غير الأعيان من : المنافع ، والديون، والحقوق المحضة : كحقوق الارتفاق ، وحق الشفعة ، والأمور المعنوية من : الشرف ، والعلم ، والذكاء ... .

٢-أن يكون منتفعاً به انتفاعاً معتاداً . وبهذا يخرج الخمر ، ولحم الميتة ؛ لعدم الانتفاع بها أصلاً ، كما يخرج به حبة القمح ، وقطرة الماء ؛ لعدم الانتفاع بهما انتفاعاً معتاداً .

هذا ، ويلاحظ أن تعريفات الحنفية للمال لم تجعل من عناصر المالية إباحة الانتفاع به شرعاً . وقد حملهم ذلك على تقسيم المال إلى : متقوم ، وغير متقوم ؛ ليخرجوا ما لا يحل الانتفاع به من الأموال عن أن يكون محلاً للعقد ؛ نظراً لعدم تقومه[٥] .

الاتجاه الثاني : من يتوسع في معنى المال ، ويرى شموله للأعيان والمنافع . وإليه ذهب جمهور الفقهاء من : المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، ولهذا عرفوا المال بالتعريفات التالية :

---

[١] ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٧ ، ص٨ .

[٢] الحصكفي ، محمد بن علي ، (ت ١٠٨٨هـ) . الدر المنتقى في شرح الملتقى ، ط١ ، تحقيق خليل المنصور، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨م ، ج٣ ، ص٤ .

[٣] ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٧ ، ص٨ .

[٤] الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، ص٣١ . العبادي ، عبد السلام داود ، (١٩٧٤) . الملكية في الشريعة الإسلامية ، ط١ ، عمان ، مكتبة الأقصى ، ج١ ، ص١٧٤ – ص١٧٥ .

[٥] حماد ، نزيه ، (٢٠٠١) ، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ، ط١ ، دمشق ، دار القلم ، بيروت، الدار الشامية ، ص٣٣ .

١- " ما يقع عليه الملك ، ويستبد به المالك عن غيره ، إذا أخذه من وجهه"[١] .

٢- " كل ما ملك شرعاً ولو قل"[٢] .

٣- يقول السيوطي : " أما المال ، فقال الشافعي – رضي ا عنه - : لا يقع اسم المال إلا على ماله قيمة يباع بها ، وتلزم متلفه وإن قلت ، وما لا يطرحه الناس مثل :
الفلس وما أشبه ذلك"[٣] .

٤- " ما يباح نفعه مطلقاً ، واقتناؤه بلا حاجة"[٤] .

من هذه التعريفات ، يتبين أن الجمهور يشترطون لتحقق المالية في شيء ما شرطين اثنين[5]:

١-أن يكون له قيمة بين الناس .

٢- أن يكون منتفعاً به شرعاً في حال السعة والاختيار .

هذا ، واصطلاح الجمهور في تعريف المال أولى بالاعتبار من اصطلاح الحنفية ؛ إذ يلزم على رأيهم إخراج المنافع من معنى المال ، وهذا غير مسلم ؛ فالمنافع تعتبر أموالاً ، ويشهد لذلك :

١- إن المنفعة تعتبر مالاً شرعاً وعرفاً ؛ فالشارع الحكيم اعتبر المنفعة مالاً في عقد الإجارة؛ إذ جعلها في مقابلة الأجرة ، والإجارة من المعاوضات المحضة ، والتي هي مقابلة مال بمال. وقد جرى عرف الناس على اعتبار المنفعة مالاً ، فإن من غصب داراً ، وسكنها مدة ، يعد مفوتاً منافعها ، ويلزم بأجرة مثلها[٦] .

---

[١] الشاطبي ، إبراهيم بن موسى ، (ت ٧٩٠هـ) . الموافقات في أصول الشريعة ، ط٣ ، تحقيق إبراهيم رمضان ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٩٧م ، ج٢ ، ص٣٣٢ .

[٢] النفراوي ، أحمد بن غنيم ، (ت ١١٢٦هـ) . الفواكه الدواني ، ط١ ، تحقيق عبد الوارث علي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م ، ج٢ ، ص٤٥٧ – ص٤٥٨ .

[٣] السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص٣٢٧ .

[٤] ابن النجار ، محمد بن أحمد ، (ت ٩٧٢ هـ) . منتهى الإرادات ، ط١ ، تحقيق د. عبد ا التركي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٩م ، ج٢ ، ص ٢٥٤ – ص٢٥٥ .

[5] العبادي ، الملكية ، ج١ ، ص١٧٩ . حماد ، قضايا فقهية معاصرة ، ص٣٣ .

[٦] الزنجاني ، محمود بن أحمد ، (ت ٦٥٦ هـ) . تخريج الفروع على الأصول ، ط5 ، تحقيق د. محمد أديب صالح ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٨٧م ، ص٢٢٦ .

٢- إن المنافع تعتبر أموالاً كالأعيان ، بل المنافع أحق باسم الأموال مـن الأعيـان ؛ ذلـك أن الأعيان لا تسمى مالاً إلا لاشتمالها على المنافع ، ولهذا لا يصح بيعها بدونها[١] .

فضلاً عما في قول الحنفية هذا من إهدار للحقوق وتضييع لها[٢] ، فمثلاً يرى الحنفية تأسيساً على قولهم هذا عدم تضمين الغاصب منافع المغصوب ؛ بحجة أن منافعه ليست أموالاً[٣] !

وإذا كان مسلك الجمهور في تعريف المال هو الأحرى بالقبول ، فإننا نختار تعريفاً للمال يتفـق مع هذا المسلك وهو التعريف التالي : " ما كان له قيمة مادية بين الناس ، وجاز شرعاً الانتفاع به في حال السعة والاختيار"[٤] .

وفيما يلي شرح لهذا التعريف[٥] :

- قوله : (ما) : جنس يشمل أي شيء ، سواء أكان عيناً أم منفعة ، مادياً أم معنوياً .

- قوله : (له قيمة مادية بين الناس) : يخرج بهذا القيد الأعيان والمنافع التي لا قيمة لهـا بـين الناس ؛ لتفاهتها ، كحبة قمح ، أو قطرة ماء .

-قوله : (وجاز شرعاً الانتفاع به) : يخرج بهذا القيد الأعيان والمنافع التي لها قيمة بين الناس، ولكن الشريعة أهدرت قيمتها ، ومنعت الانتفاع بها ، كالخمر ، والخنزير ، ومنفعة آلات اللهـو المحرمة .

- قوله : (في حال السعة والاختيار) : جيء بهذا القيد ؛ لبيان أن المراد بالانتفاع : الانتفاع المشروع في حال السعة والاختيار دون حال الضرورة ، فجواز الانتفاع بلحـم الميتـة حال الضرورة لا يجعلها مالاً ؛ لأن جواز الانتفاع بها جاء في حال الضرورة لا في حال السعة والاختيار .

---

[١] السبكي ، تاج الدين عبد الوهاب ، (ت ٧٧١ هـ) . الأشباه والنظائر ، ط١ ، تحقيق عادل عبد الموجـود و علي معوض ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩١م ، ج٢ ، ص٢٧٨ .

[٢] العبادي ، الملكية ، ج١ ، ص١٨٤ .

[٣] المرغيناني ، علي بن أبي بكر ، (ت ٥٩٣ هـ) . بداية المبتدي ، ط١ ، دار الكتـب العلميـة ، بيـروت ، ١٩٩٠م ، ج٤ ، ص٣٤٤ . المرغيناني ، علي بن أبي بكر ، (ت ٥٩٣هـ) . الهداية شرح بداية المبتدي ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٠م ، ج٤ ، ص٣٤٤ – ص٣٤٥ .

[٤] العبادي ، الملكية ، ج١ ، ص١٧٩ .

[٥] المرجع نفسه ، ج١ ، ص١٧٩ .

الفصل الأول : أثر فوات محل العقد في العقود اللازمة من الجانبين

وفيه المباحث التالية :

المبحث الأول : أثر فوات محل عقد البيع

المبحث الثاني : أثر فوات محل عقد السلم

المبحث الثالث : أثر فوات محل عقد الإجارة

المبحث الرابع : أثر فوات محل عقد الحوالة

المبحث الأول : أثر فوات محل عقد البيع

وفيه المطالب التالية :

المطلب الأول : أثر فوات المبيع قبل القبض

المطلب الثاني : أثر فوات المبيع بعد القبض

المطلب الثالث : أثر فوات المبيع بعد التخلية في مدة يحتاج فيها المبيـع إلى البقاء في أصله وقبل تمام القبض (مسألة وضع الجائحة)

المطلب الرابع : أثر فوات الثمن

تعريف البيع

البيع لغة : "ضد الشراء ، والبيع : الشراء أيضاً . وهو من الأضداد"[١] . "الباء والياء والعـين أصل واحد"[٢] .

واصطلاحاً : "مبادلة المال بالمال تمليكاً وتملكاً"[٣] .

محل عقد البيع : المبيع ، والثمن .وسنتناول الحديث عن أثر فوات المبيع ، ثم نعقبه ببيان أثـر فوات الثمن .

ولبيان أثر فوات المبيع نقول : إذا فات المبيع : فإما أن يفوت كله ، وإما أن يفوت بعضه . وقد يقع الفوات قبل القبض ، وقد يقع بعده . وفي كل ما تقدم قد يكون الفوات بآفة سماوية : "وهـي ما لا صنع لآدمي فيها . كريح ، ومطر ، وجليد"[٤] ، أو بفعل البائع ، أو بفعل المـشتري ، أو بفعل أجنبي : "غير بائع ، ومشتر"[٥] .

كما أن المبيع قد يفوت بعد التخلية ، في مدة يحتاج فيها إلى البقاء في أصله ، وقبل تمام القبض (مسألة وضع الجائحة) . وبيان ذلك في المطالب التالية :

المطلب الأول : أثر فوات المبيع قبل القبض

الفرع الأول : أثر فوات كل المبيع قبل القبض

المسألة الأولى : أثر فوات كل المبيع قبل القبض بآفة سماوية

اختلف الفقهاء إذا تلف كل المبيع قبل قبضه بآفة سماوية على قولين .

---

[١] ابن منظور ، لسان العرب ، ج٨ ، ص٢٣ ، مادة (بيع) .
[٢] ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ص١٤٧ ، مادة (بيع) .
[٣] ابن قدامة ، المغني ، ج٣ ، ص٣٩٦ .
[٤] ابن بلبان ، محمد بن بدر الدين ، (ت١٠٨٣هـ) . مختصر الإفادات ، ط١ ، تحقيق محمـد العجمـي ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ١٩٩٨م ، ص٣١٣ .
[٥] البهوتي ، منصور بن يونس ، (ت١٠٥١هـ) . شرح منتهى الإرادات ، ط٢ ، عـالم الكتـب ، بيـروت ، ١٩٩٦م ، ج٢ ، ص٥٨ .

سبب الاختلاف

يمكن رد اختلاف الفقهاء في هذه المسألة ، إلى اختلافهم في أنه هل يكفي مجرد حصول البيع بالإيجاب والقبول لنقل ضمان المبيع من البائع إلى المشتري ، أم لا بد من القبض لذلك .

فمن قال : إن مجرد حصول البيع كافٍ لنقل ضمان المبيع إلى المشتري ، قضى بدخول المبيع في ضمان المشتري بمجرد حصول البيع ولو لم يقبضه ، وأن ملك المشتري للمبيع حينئذ ملك مستقر ، فما أصابه من تلف فضمانه منه ، ويلزمه الثمن ، ولا ينفسخ البيع بذلك . ومن قال : إن مجرد حصول البيع غير كافٍ لنقل ضمان المبيع إلى المشتري ، وأنه لا بد من القبض لذلك، قضى بعدم دخول المبيع في ضمان المشتري إلا بالقبض ، وأن ملك المشتري للمبيع قبل ذلك غير مستقر ، فما أصابه من تلف فضمانه من البائع ، ويسقط الثمن عن المشتري ، وينفسخ البيع[١] .

أقوال الفقهاء

اختلف الفقهاء إذا تلف كل المبيع قبل قبضه بآفة سماوية على قولين :

القول الأول : ينفسخ البيع ، ويسقط الثمن عن المشتري ، وضمان المبيع من البائع . وهذا مذهب الحنفية [٢] ، والشافعية[٣] ، والحنابلة في رواية[٤] .

وبه أخذ القانون المدني الأردني في المادة (٥٠٠) فقرة (١) .

القول الثاني : التفصيل بين أن يكون المبيع مما يتعلق به حق توفية أو لا : فإن كان مما يتعلق به حق توفية على البائع : كالمكيل ، أو الموزون ، أو المعدود ، أو المذروع، فإن البيع ينفسخ

---

[١] ابن رشد الحفيد ، محمد بن أحمد ، (ت٥٩٥هـ) . بداية المجتهد ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٥م، ج٢ ، ص١٤٩ . الونشريسي ، أحمد بن يحيى ، (ت٩١٤هـ) . إيضاح المسالك ، ط١ ، تحقيق الصادق الفرياني ، كلية الدعوة الإسلامية ، طرابلس ، ١٩٩١م ، ص١١٩ .

[٢] السمرقندي ، علاء الدين ، (ت٥٣٩هـ) . تحفة الفقهاء ، ط٢ ، تحقيق د. محمد زكي عبد البر ، قطر ، ج٢، ص٥٤ ، ص٥٦ . العيني ، محمود بن أحمد ، (ت٨٥٥هـ) . البناية شرح الهداية ، ط١ ، تحقيق أيمن شعبان، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠م ، ج٨ ، ص٢٤٨ .

[٣] المزني ، إسماعيل ين يحيى ، (ت٢٦٤هـ) . مختصر المزني ، تحقيق حسين النيل ، دار الأرقم ، بيروت ، ص١٢٣ . النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٨٩ .

[٤] ابن قدامة ، عبد ا بن أحمد ، (ت٦٢٠هـ) . المقنع ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، ١٩٨٠م ، ج٢ ، ص٦١ . أبو البركات ، عبد السلام بن عبد ا ، (ت٦٥٢هـ) . المحرر ، ط١ ، تحقيق محمد إسماعيل وأحمد صالح ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٩م ، ج١ ، ص٤٧٠ .

بتلفه ، ويسقط الثمن عن المشتري ، وضمانه من البائع . أما إن كان المبيع مما لا يتعلق به حق توفية : وهو ما عدا ما ذكر كسيارة ، فلا ينفسخ البيع بتلفه ، وضمانه من المشتري ، ويلزمه الثمن . وهذا مذهب المالكية[١] ، والحنابلة في المذهب[٢] .

الأدلة

أدلة الفريق الأول

استدل الفريق الأول لما ذهب إليه بالأدلة التالية :

١- قال تعالى : "[illegible]"[٣] .

وجه الدلالة من شقين :

---

[١] خليل ، خليل بن إسحاق ، (ت٧٧٦هـ) . مختصر خليل ، دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي وشركاه ، ص٢٠٨ . الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٥ ، ص٥٤٦ ، ص٥٤٨ – ص٥٥٠ . هذا ، ويلحق المالكية بالمبيع الذي يتعلق به حق توفية في الحكم المتقدم المبيع الغائب : فمن اشترى شيئاً غائباً على الصفة أو على رؤية متقدمة ، فلا ينتقل ضمانه إلى المشتري إلا بقبضه . وهذا في غير العقار ، أما العقار المبيع على الصفة أو رؤية متقدمة جزافاً ، فيضمنه المشتري بمجرد العقد إن اتفقا (البائع ، والمشتري) على سلامته حين العقد ، أما إن بيع العقار مذارعة أو تنازعا في سلامته حين العقد ، فلا يضمنه المشتري إلا بقبضه . انظر : خليل ، مختصر خليل ، ص٢٠٨ . الآبي ، صالح عبد السميع ، (ت٩٩١هـ) . جواهر الإكليل، ط١ ، تحقيق محمد الخالدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م ، ج٢ ، ص٧٦ .

[٢] الخرقي ، عمر بن الحسين ، (ت٣٣٤هـ) . مختصر الخرقي ، ط٣ ، تحقيق زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٤٠٣هـ ، ص٦٦ . المرداوي ، علي بن سليمان ، (ت٨٨٥هـ) . الإنصاف ، ط١ ، تحقيق محمد إسماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م ، ج٤ ، ص٤٥٣- ص٤٥٥ . ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٣٣٦ ، ص٣٣٩ . البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٥٨ – ص٥٩ . ويلحق الحنابلة بالمبيع الذي يتعلق به حق توفية في الحكم المتقدم المبيع بصفة أو رؤية متقدمة .

انظر : ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٣٣٨ . ابن يوسف ، غاية المنتهى ، ج٢ ، ص٥٠ .

[٣] سورة البقرة ، الآيتان ٢٧٨ و ٢٧٩ .

الأول : أن ا سبحانه وتعالى جعل القبض موجباً لتمام العقد : حيث فرق بين المقبوض الذي استقر عليه الملك فلم يوجب رده ، وبين الذي لم يقبض مما لم يستقر عليه الملك فأوجب رده . فدل على أن ملك المبيع لا يستقر إلا بالقبض ، فما تلف قبله فهو تالف قبل استقرار ملك المشتري عليه ، فلا يلزمه ضمانه ، ويبطل به العقد[١] .

الآخر : أن الآية تدل على أن القبض من تمام العقد ، وأن سقوط القبض يوجب بطلان العقد ؛ لأن ا تعالى لما أسقط قبض الربا – مما لم يقبض بعد - ، أبطل العقد الذي عقده صاحباه ، وأمر بالاقتصار على رأس المال ، فدل ذلك على أن القبض من تمام العقد ، وأنه متى طرأ على العقد ما يسقط القبض فإنه يبطله[٢] .

٢- الأحاديث والآثار التي تنهى عن بيع ما لم يقبض أياً كان نوع المبيع من مثل :

أ- حديث حكيم بن حزام – رضي ا عنه – قال : "قلت : يا رسول ا ، إني رجل أشتري بيوعاً، فما يحل منها وما يحرم ؟ قال : يا ابن أخي ، إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه"[٣] .

ب- حديث زيد بن ثابت – رضي ا عنه – أن النبي – صلى ا عليه وسلم - : "نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم"[٤] .

جـ- ما روي عن ابن عباس – رضي ا عنهما – أنه قال : "أما الذي نهى عنه النبي – صلى ا عليه وسلم – فهو الطعام أن يباع حتى يقبض . قال ابن عباس : ولا أحسب كل شيء إلا مثله"[٥] .

---

[١] الماوردي ، علي بن محمد ، (ت٤٥٠هـ) . الحاوي الكبير ، ط١ ، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤م ، ج٥ ، ص١٣٦ ، ص٢٢١ .

[٢] الجصاص ، أحكام القرآن ، ج٢ ، ص١٩١ .

[٣] رواه البيهقي ، السنن الكبرى ، كتاب البيوع ، باب النهي عن بيع ما لم يقبض وإن كان غير طعام ، رقم (١٠٦٨٤) ، ج٥ ، ص٥١١ . واللفظ له . والدارقطني ، كتاب البيوع ، رقم (٢٧٩٦) ، ج٣ ، ص٨ . وقد رواه البيهقي من طريق يحيى بن أبي كثير ، عن يوسف بن ماهك ، عن عبد ا بن عصمة ، عن حكيم ... وقال : "لم يسمعه يحيى بن أبي كثير من يوسف ، إنما سمعه من يعلى بن حكيم ، عن يوسف" . ثم رواه من طريق يحيى بن أبي كثير ، عن يعلى بن حكيم ، عن يوسف بن ماهك ، عن عبد ا بن عصمة ، عن حكيم ... وقال : "هذا إسناد حسن متصل" . انظر : البيهقي ، السنن الكبرى ، ج٥ ، ص٥١١ – ص٥١٢ .

[٤] رواه أبو داود ، كتاب الإجارة ، باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى ، رقم (٣٤٩٩) ، ص٥٠٤ – ص٥٠٥.

[٥] رواه البخاري ، كتاب البيوع ، باب بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك ، رقم (٢١٣٥) ، ص٣٤٢. واللفظ له . ومسلم ، كتاب البيوع ، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، رقم (٣٨٣٠) ، ص٧٢٩ .

وجه الدلالة : تدل بمنطوقها على أنه لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه ، وهي عامة في كل مبيع[١] تعلق به حق توفية أم لا . وإذا كان المشتري لا يملك بيع المبيع قبل قبضه ، فهو إذن غير داخل في ضمانه ، بل هو باقٍ في ضمان البائع[٢] ، فيكون هلاكه عليه ، وينفسخ به العقد .

٣- ولأن البيع لو لم ينفسخ لأوجب مطالبة المشتري بالثمن ، وإذا طولب بالثمن فسيطالب البائع بتسليم المبيع ، وهو عاجز عن التسليم ، فتمتنع المطالبة أصلاً ، ولا يكون في بقاء البيع فائـدة فينفسخ . وإذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري ؛ لأن انفساخه ارتفاع له من الأصل كأن لم يكن ، وإذا لم يكن ثمة بيع فلا ثمن[٣] .

٤- ولأن المبيع إذا تلف قبل قبضه ، فات التسليم المستحق بالعقـد فيبطـل ؛ كمـا إذا تفـرق المتعاقدان في عقد الصرف قبل القبض[٤] : حيث يبطل الصرف ؛ لفوات التسليم فكذلك هنا .

٥- ولأن المبيع إذا لم يقبضه المشتري ، فهو باق تحت سلطنة البائع[٥] ، فيكون عليه ضمانه .

٦- وقياساً على المبيع الذي يتعلق به حق توفية : كالمكيل ، والموزون ....: فإنه إذا تلف قبـل قبضه انفسخ البيع ، وكان ضمانه من البائع ، فكذلك ما عداه ؛ بجامع تعذر التسليم الواجب على البائع في كلٍ منهما[٦] .

أدلة الفريق الثاني

ـ أما كون المبيع الذي يتعلق به حق توفية ينفسخ البيع بتلفه ، ويسقط الثمن عـن المـشتري ، ويكون ضمانه من البائع فللأدلة التالية :

---

[١] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٥ ، ص٢٢١ .

[٢] الزركشي ، محمد بن عبد ا ، (ت٧٧٢هـ) . شرح الزركشي على مختصر الخرقي ، ط١ ، تحقيق عبـد ا الجبرين ، مكتبة العبيكان ، الرياض ، ١٩٩٣م ، ج٣ ، ص٥٣٩ .

[٣] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٨٦ .

[٤] الأنصاري ، الغرر البهية ، ج٥ ، ص٢٢ . البجيرمي ، سليمان بـن عمـر ، (ت١٢٢١هـ ـ) . حاشـية البجيرمي على المنهج ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، ج٢ ، ص٢٦٨ .

[٥] ابن الملقن ، عمر بن علي ، (ت٨٠٤هـ) . عجالة المحتاج ، تحقيق عز الـدين البـدراني ، دار الكتـاب ، إربد، ٢٠٠١م ، ج٢ ، ص٧١٣ . ابن حجر الهيتمي ، أحمد بن محمد ، (ت٩٧٤هـ) . تحفة المحتـاج ، ط١ ، تحقيق عبد ا عمر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١م ، ج٢ ، ص١٥٠ .

[٦] الجصاص ، أحمد بن علي ، (ت٣٧٠هـ) . مختصر اختلاف العلماء ، ط١ ، تحقيق د. عبد ا أحمد ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ١٩٩٥م ، ج٣ ، ص٩٧ . ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٨١ .

١- الأحاديث التي تنهى عن بيع الطعام قبل قبضه من مثل :

أ- حديث ابن عمر – رضي الله عنهما – أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : ""من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه"[1] .

ب- حديث ابن عمر – رضي الله عنهما - قال : "رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة ، يضربون على عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم - ، أن يبيعوه حتى يؤووه إلى رحالهم"[2].

جـ- حديث ابن عمر – رضي الله عنهما – قال : "كنا في زمان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – نبتاع الطعام ، فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه"[3] .

وجه الدلالة : تدل بمنطوقها على أنه لا يجوز بيع الطعام قبل قبضه ، وكان الطعام يباع غالباً كيلاً أو وزناً[4] ، فدل على أن ما يتعلق به حق توفية كالطعام لا يجوز بيعه قبل قبضه ، وإذا كان المشتري لا يملك بيعه قبل قبضه ، فهو غير داخل في ضمانه ، بل هو باقٍ في ضمان البائع[5] ، فيكون هلاكه عليه ، وينفسخ به العقد .

---

[1] رواه البخاري ، كتاب البيوع ، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة ، رقم (٢١٣٣) ، ص٣٤٢ . ومسلم ، كتاب البيوع ، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، رقم (٣٨٣٢) ، ص٧٢٩ . واللفظ لهما .

[2] رواه البخاري ،كتاب البيوع ، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة ، رقم (٢١٣١)،ص٣٤٢ . واللفظ له. ومسلم ، كتاب البيوع ، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، رقم (٣٨٤١) ، ص٧٣٠ . قال النووي:"قوله : "كانوا يضربون إذا باعوه" يعني قبل قبضه. هذا دليل على أن ولي الأمر يعزر من تعاطى بيعاً فاسداً ويعزره بالضرب وغيره مما يراه من العقوبات في البدن" . انظر: النووي ، شرح صحيح مسلم، ج١٠ ، ص١٣١-ص١٣٢ .

[3] رواه البخاري ، كتاب البيوع ، باب ما ذكر في الأسواق ، رقم (٢١٢٣) ، ص٣٤١ . ومسلم ، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، رقم (٣٨٣٥) ، ص٧٢٩ . واللفظ له .

[4] التنوخي ، زين الدين المنجي ، (ت٦٩٥هـ) . الممتع في شرح المقنع ، ط١ ، تحقيق د. عبد الملك دهيش ، دار خضر ، بيروت ، ١٩٩٧م ، ج٣ ، ص١٢٩ . ابن مفلح ، المبدع ، ج٤ ، ص١١٦ .

[5] الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٣ ، ص٥٣٩ .

٢- ولأن ما يتعلق به حق توفية لو كان من ضمان المشتري قبل قبضه ، لجاز له بيعه والتصرف فيه كما بعد القبض[٦] ، ولكنه لا يملك ذلك ، فلا يكون داخلاً في ضمانه .

٣- ولأن ما يتعلق به حق توفية إذا تلف قبل قبضه ، كان تالفاً قبل تمام ملك المشتري عليه ، فأشبه ما تلف قبل أن يتم البيع[١] : حيث يكون ضمانه من البائع ، وينفسخ به البيع فكذلك هنا .

ـ أما كون المبيع الذي لا يتعلق به حق توفية لا ينفسخ البيع بتلفه ، ويكون من ضمان المشتري فللأدلة التالية :

١- حديث عائشة – رضي الله عنها – أن النبي – صلى الله عليه وسلم - قال : "الخراج بالضمان"[٢] .

وجه الدلالة : يدل الحديث بمنطوقه على أن الخراج بالضمان (أي أن ما يخرج من العين : كالثمر ، والدر ، والنسل يكون لمن عليه ضمانها)[٣] . وخراج المبيع قبل قبضه من ربح أو نماء للمشتري ، فيكون ضمانه عليه[٤] .

٢- الاستدلال بمفهوم المخالفة من الأحاديث التي تنهى عن بيع الطعام قبل قبضه – والتي سبق ذكرها -: فإنها تدل بمنطوقها على أنه لا يجوز بيع الطعام قبل قبضه . وتدل بمفهومها المخالف

---

[٦] التنوخي ، الممتع ، ج٣ ، ص١٣٠ .

[١] ابن قدامة ، عبد الله بن أحمد ، (ت٦٢٠هـ) . الكافي ، ط١ ، تحقيق محمد فارس ومسعد السعدني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤م ، ج٢ ، ص١٩ . ابن ضويان ، إبراهيم بن محمد ، (ت١٣٥٣هـ). منار السبيل في شرح الدليل ، ط١ ، تحقيق خليل المنصور ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م ، ج١ ،ص٣٠٠.

[٢] رواه الترمذي ، أبواب البيوع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا ، رقم (١٢٨٥) ، ص٣١٣ . وقال : "هذا حديث حسن صحيح" . وأبو داود ، كتاب الإجارة ، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً ، رقم (٣٥٠٨) ، ص٥٠٥-ص٥٠٦ . والنسائي ، كتاب البيوع، باب الخراج بالضمان ، رقم (٤٥٠٢) ، ج٧ ، ص٢٩٢ . وابن ماجه، كتاب التجارات ، باب الخراج بالضمان ، رقم (٢٢٤٣) ، ص٣٢١ . وأحمد ، المسند ، رقم (٢٤١٠٦) ، ج١٧ ، ص٢٦٥ . واللفظ لابن ماجه، وأبي داود، وأحمد .

[٣] ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٥١ .

[٤] القاضي عبد الوهاب ، عبد الوهاب بن علي بن نصر ، (ت٤٢٢هـ) . المعونة ، ط١ ، تحقيق محمد إسماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨م ، ج٢ ، ص١٧ . ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٨١ .

على أن غير الطعام مما لا يتعلق به حق توفية يجوز بيعه قبل قبضه ، وإذا جاز للمشتري بيعه قبل قبضه ، فهو داخل في ضمانه ، وإلا لما جاز له بيعه[٥] .

٣- ولأن ما لا يتعلق به حق توفية يجوز للمشتري بيعه والتصرف فيه قبل قبضه ، فدل علـى أنه داخل في ضمانه ؛ كالمقبوض[٦] .

٤- القياس على ما بعد القبض[١] : حيث يكون ضمانه من المشتري فكذلك هنا .

٥- ولأن ما لا يتعلق به حق توفية من ضمان المشتري بعد قبضه ، فيكون من ضمانه قبلـه ؛ كالميراث[٢] .

٦- وقياساً على ما إذا أتلف المشتري المبيع وهو في يد البائع قبل قبضه : حيث يكون ضـمانه منه ، فكذلك إذا تلف بآفة سماوية[٣] .

٧- ولأن ملك المشتري للمبيع لا يخلو : إما أنه استقر بنفس البيع الذي هو الإيجاب والقبـول . وهذا يوجب أن يكون ضمانه منه . وإما أنه لا يستقر إلا بأمر زائد عليه وهو القـبض . وهـذا غير مسلم ؛ لأن البائع يجبر على إقباض المبيع للمشتري ، وهذا يدل على أن ملـك المـشتري للمبيع مستقر قبل القبض ؛ وإلا لما أجبر البائع على الإقباض ، ومن ثَم يكون ضمانه منه[٤] .

المناقشة والقول المختار

يمكن مناقشة ما استدل به أصحاب القول الثاني على النحو التالي :

أما الأدلة الواردة للتدليل على أن المبيع الذي يتعلق به حق توفية ينفسخ البيع بتلفـه ، ويكـون ضمانه من البائع فلا منافاة بينها وبين أدلة الفريق الأول ؛ لأنها تدل على بعض ما تدل عليـه ، وهو قدر متفق عليه بين الفريقين . وإنما تتجه المناقشة إلى تلك الأدلة التي سيقت للتدليل علـى

---

[٥] التنوخي ، الممتع ، ج٣ ، ص١٢٩ .

[٦] المصدر نفسه ، ج٣ ، ص١٣٠ .

[١] القاضي عبد الوهاب ، عبد الوهاب بن علي بن نصر ، (ت٤٢٢هـ) . الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ط١ ، تحقيق الحبيب بن طاهر ، دار ابن حزم ، بيروت ، ١٩٩٩م ، ج٢ ، ص٥٥٣ . ابن البنا، الحـسن بـن أحمد، (ت٤٧١هـ) . المقنع في شرح مختصر الخرقي ، ط٢ ، تحقيق د. عبد العزيز البعيمي ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ١٩٩٤م ، ج٢ ، ص٦٨٠ .

[٢] ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٨١ – ص٨٢ .

[٣] القاضي عبد الوهاب ، الإشراف ، ج٢ ، ص٥٥٤ .

[٤] المصدر نفسه ، ج٢ ، ص٥٥٣ . القاضي عبد الوهاب ، المعونة ، ج٢ ، ص١٧ .

أن المبيع الذي لا يتعلق به حق توفية لا ينفسخ البيع بتلفه ، ويكون من ضمان المـشتري علـى النحو التالي :

١- أما الاستدلال بحديث عائشة – رضي ا عنها - فغير متجه ؛ لأن الحديث جعل الخـراج لمن عليه الضمان ، وأنتم عكستم الأمر : فجعلتم الضمان على من له الخراج(٥) .

٢- أما الاستدلال بمفهوم المخالفة من الأحاديث التي نهت عن بيع الطعام قبل قبضه فيجاب عنه بما يلي(١) :

أ- إن الاستدلال بمفهوم المخالفة هنا هو من نوع مفهوم اللقب(٢) . وهو ليس بحجة ، فلا يـدل تعليق الحكم هنا باسم الجنس (الطعام) على أن غيره يجوز بيعه قبل قبضه .

ب- لو سلمنا حجية مفهوم اللقب ، فإن الاستدلال به هنا غير مسلم ؛ لأن المسكوت عنـه هنـا (غير الطعام) أولى بالحكم من المنطوق به (الطعام) : فإذا كان النبي – صلى ا عليه وسـلم – قد نهى عن بيع الطعام قبل قبضه ، والطعام مما يكثر بيعه ، وتدعو الحاجة إلى المسامحة فيه ، فغيره مما هو دونه في الوقوع ومسيس الحاجة أولى بالنهي .

٣- أما قولهم : ولأن ما لا يتعلق به حق توفية يجوز للمشتري بيعه والتصرف فيه قبل قبضه ، فدل على أنه داخل في ضمانه ؛ كالمقبوض – فيجاب عنه بما يلي :

أ- لا نسلم أن ما لا يتعلق به حق توفية يجوز للمشتري بيعه والتصرف فيه قبل قبضه بل نقول: إن المشتري ممنوع من ذلك ، سواء أكان المبيع مما يتعلق به حق توفية أم لا . وإذا لـم يملـك المشتري بيعه والتصرف فيه قبل قبضه ، فهو باقٍ في ضمان البائع ، فيكـون هلاكـه عليـه ، وينفسخ به العقد – كما تقرر آنفاً - .

---

(٥) الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٥ ، ص١٣٧ .

(١) المصدر نفسه ، ج٥ ، ص٢٢٢ .

(٢)ينص الأصوليون على عدم حجية مفهوم اللقب . وصورته : أن يعلق الحكم باسم جنس : كالنص على تحريم الربا في الأصناف الستة . أو باسم علم : كقول القائل : زيد قائم . فلا يدل ذلك على نفي الحكم عما عداه : فلا يدل تحريم الربا في الأصناف الستة على جوازه في غيرها . كما لا يدل قول القائل : زيد قائم أن غيـره لـيس بقائم . انظر : الغزالي ، محمد بن محمد ، (ت٥٠٥هـ) . المستصفى ، تحقيق محمد عبد الشافي ، دار الكتـب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦م ، ص٢٧٠ . الآمدي ، الإحكام ، ج٣ ، ص٦٨ ، ص٩٠ .

ب- القياس على المقبوض قياس مع الفارق ؛ فالمقبوض استقر ملك المشتري عليه بقبضه ، فلا ينفسخ البيع بتلفه ، ويكون ضمانه منه . أما غير المقبوض فلم يستقر عليه ملك المشتري ، فينفسخ البيع بتلفه ، ولا يكون ضمانه منه[٣] .

وبمثل الجواب الثاني يجاب عن القياس على ما بعد القبض الوارد في دليلهم الرابع .

٤- أما القياس على الميراث فيجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ فالميراث ملك قهري يستقر بمجرد الموت ، فلم يفتقر إلى القبض ؛ إذ لا يخشى انفساخه ، ولا رجوع للوارث فيه بالبدل على أحد . وهذا بخلاف المبيع فهو مملوك بالعقد ، ولا يستقر ملك المشتري عليه بمجرد حدوثه، ولهذا اشترط له القبض ؛ إذ يخشى انفساخه ، أو الرجوع ببدله فافترقا[١] .

٥- أما القياس على إتلاف المشتري للمبيع قبل قبضه فيجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ فالمشتري إذا أتلف المبيع صار قابضاً له ؛ إذ لا يمكنه إتلافه إلا بعد إثبات يده عليه ، وهذا معنى القبض ، فيتقرر البيع ، ويلزمه الثمن[٢]. وهذا بخلاف ما إذا تلف المبيع بآفة سماوية قبل قبضه ؛ لأن التلف هنا حصل بسبب لا يد للمشتري فيه ، فلم يوجد منه ما يصيره قابضاً ، وما لم يوجد منه القبض فهو غير ضامن .

٦- أما قولهم : ولأن ملك المشتري للمبيع لا يخلو : إما أنه استقر بنفس البيع ... إلى آخر ما ورد في هذا الدليل – فيجاب عنه : لا نسلم أن ملك المشتري للمبيع قد استقر بمجرد الإيجاب والقبول قبل القبض ، بل لا يستقر ملكه إلا بقبضه . أما إجبار البائع على تسليم المبيع ، فليس ذلك لأن ملك المشتري مستقر قبل القبض ، وإنما أجبر ؛ وفاء بعقد البيع ، والذي هو عقد ملزم للجانبين لا يستبد أحدهما بفسخه .

مما تقدم ، وبعد استعراض أقوال الفقهاء ، وأدلتهم ، والمناقشة فإنني أختار القول الأول القاضي بأن المبيع إذا تلف كله قبل القبض بآفة سماوية فإن البيع ينفسخ ، ويسقط الثمن عن المشتري ، ويكون ضمان المبيع من البائع ؛ وذلك لما ساقه أصحاب هذا القول من أدلة قوية تدل على ما ذهبوا إليه . يؤيد ذلك توجه الشارع الحكيم في العقود ، والرامي إلى تحقيق العدالة بين أطراف

---

[٣] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٥ ، ص١٣٧ .

[١] ابن رجب ، تقرير القواعد ، ج١ ، ص٣٧٢ – ص٣٧٣ .

[٢] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٨٦ .

العقد: فالمشتري لم يدفع الثمن إلا للحصول على المبيع ، وهو متعذر هنا ؛ لتلفه ، فلو أمضينا العقد ، وألزمناه بثمنه ، لكان فيه مجافاة ومناقضة لتلك العدالة . سيما وأن تلف المبيع لا يد للمشتري فيه ، بل كان بآفة سماوية .كما أن البيع كغيره من العقود شرع لتحقيق مصالح العباد ، ويقصده المتعاقدان بغية تحقيق أغراض مشروعة لهما . فإذا تلف المبيع ، فات غرض المشتري. فلو أمضيناه لجردناه عن غايته ، ومقصوده ، ولعدنا على مشروعيته بالنقض .

المسألة الثانية : أثر فوات كل المبيع قبل القبض بفعل المشتري

اتفق الفقهاء من : الحنفية[١] ، والمالكية[٢] ، والشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] على أن المشتري إذا أتلف كل المبيع قبل قبضه فإن البيع لا ينفسخ بذلك ، ويصير قابضاً له بإتلافه ، ويلزمه جميع الثمن . وبه أخذ القانون المدني الأردني في المادة (٥٠١) فقرة (١) .

وجه هذا الاتفاق : أن المشتري إذا أتلف كل المبيع صار قابضاً له ؛ لأنه لا يمكنه إتلافه إلا بعد إثبات يده عليه ، وهذا معنى القبض ، فيتقرر البيع ، ويلزمه الثمن[٥] .

والشافعية كبقية الفقهاء في الحكم المتقدم على القول المعتمد عندهم ، وهنالك قولان آخران هما:

القول الأول : إذا أتلف المشتري كل المبيع قبل قبضه ، وكان عالماً أنه المبيع ، فالحكم مثل ما تقدم . أما إن كان جاهلاً به ، فلا يعتبر قابضاً له ، فينفسخ البيع ، ويرجع البائع على المشتري بالقيمة ؛ قياساً على ما إذا أتلف المالك ماله المغصوب في يد الغاصب ، وهو لا يعلم أنه ماله: حيث لا يعتبر المالك مسترداً لماله بالإتلاف ، ولا يبرأ الغاصب بذلك كذلك هنا .

ويجاب عنه : بأن المقيس عليه غير مسلم ؛ لأن ما ورد فيه مبني على القول غير الأصح في ذلك : إذ القول الأصح في المسألة المقيس عليها : أن الغاصب يبرأ من الضمان ، ويصير

---

[١] السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج٢ ، ص٥٧ . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٧ ، ص٩٤ .

[٢] خليل ، مختصر خليل ، ص٢٠٨ . الزرقاني ، عبد الباقي بن يوسف ، (ت١٠٩٩هـ) . شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ، ط١ ، تحقيق عبد السلام أمين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٢م ، ج٥ ، ص٢٩٢.

[٣] النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٩٠ – ص٩١ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٩٠ ، ص٩١ .

[٤] الشويكي ، أحمد بن محمد ، (ت٩٣٩هـ) . التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح ، تحقيق ناصر الميمان ، المكتبة المكية ، مكة المكرمة ، ١٩٩٨م ، ج٢ ، ص٦٢٧ . ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٣٣٦ ، ص٣٤٣ .

[٥] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٨٦ .

المالك مسترداً ماله بالإتلاف . ولذا لا يكون القياس عليها متجهاً . ومن هنـا ، يـستوي عنـد الشافعية – في المعتمد – أن يكون المشتري عالماً بالمبيع وقت إتلافه أم جاهلاً به[٦] .

القول الثاني : لا يعتبر المشتري قابضاً وإن علم أنه المبيع ، فينفسخ البيع ، وعليه القيمة للبائع، ويسترد الثمن[١] .

المسألة الثالثة : أثر فوات كل المبيع قبل القبض بفعل البائع

أقوال الفقهاء وأدلتهم

اختلف الفقهاء إذا تلف كل المبيع قبل قبضه بفعل البائع على ثلاثة أقوال :

القول الأول : لا ينفسخ البيع ، والمشتري بالخيار : إن شاء فسخ البيع ، فيسقط عنه الثمن . وإن شاء أمضاه ، وأدى الثمن ، ورجع على البائع بالقيمة أو بالمثل . وهذا قول عند الـشافعية[٢] ، والمذهب عند الحنابلة[٣] .

وجه هذا القول :

١- إن البائع جنى على ملك المشتري ، فأشبه ما إذا جنى عليه الأجنبي : حيث يكون المشتري بالخيار فكذلك هنا[٤] .

---

[٦] الرافعي ، عبد الكريم بن محمد ، (ت٦٢٣هـ) . العزيز شرح الوجيز ، ط١ ، تحقيق علي معوض وعـادل عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م ، ج٤ ، ص٢٨٨ . النووي ، منهـاج الطـالبين ، ج٢ ، ص٩٠ – ص٩١ .الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٩٠ ، ص٩١ .

[١] الرافعي ، العزيز ، ج٤ ، ص٢٨٨ . النووي ، يحيى بن شرف ، (ت٦٧٦هـ) . روضة الطالبين ، تحقيـق عادل عبد الموجود وعلي معوض ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج٣ ، ص١٦١ .

[٢] الشيرازي ، إبراهيم بن علي ، (ت٤٧٦هـ ـ) . التنبيـه ، ط١ ، دار الفكـر ، ١٩٩٦م ، ج١ ، ص٣٦٠ . المحلي، محمد بن أحمد ، (ت٨٦٤هـ) . كنز الراغبين ، ط١ ، تحقيق عبد اللطيف عبد الرحمن ، دار الكتـب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م ، ج٢ ، ص٣٣٦ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٩١ .

[٣] فخر الدين بن تيمية ، محمد بن أبي القاسم ، (ت٦٢٢هـ) . بلغة الساغب ، ط١ ، تحقيق بكر أبو زيد ، دار العاصمة ، الرياض ، ١٩٩٧م، ص١٨٨ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٤ ، ص٤٥٤ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٢، ص١١٠ . يقيد الحنابلة الحكم المتقدم بما إذا كان المبيع من ضمان البائع : وهو ما يتعلق به حق توفية . وقياس هذا ، أن المبيع الذي يكون من ضمان المشتري : وهو ما لا يتعلق به حق توفية ، إذا أتلفه البائع أن يبقى البيـع بحاله دون تخيير للمشتري ، بل يتبع البائع بالقيمة أو بالمثل ؛ لأن المشتري يضمنه بمجرد العقد ، فأشبه ما لـو أتلفه البائع بعد القبض .

[٤] ابن الملقن ، عجالة المحتاج ، ج٢ ، ص٧١٤ . ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٨٠ .

٢- ولأن إتلاف البائع للمبيع كالعيب ؛ لأن المبيع "كان عيناً فصار قيمة"[(٥)] ، وقد حصل في موضع المبيع فيه من ضمان البائع ، فيكون للمشتري الخيار ؛ كالعيب في المبيع[(٦)] .

٣- ولأن البائع إذا أتلف المبيع ، فعليه بدله من المثل أو القيمة . والبدل يقوم مقام التالف ، وإذا قام مقامه لم يتعذر التسليم ، فلا ينفسخ البيع ؛ كما لو جنى عليه أجنبي[(١)] .

القول الثاني : ينفسخ البيع ، ويسقط الثمن عن المشتري ، وضمانه من البائع . وهذا مذهب الحنفية[(٢)] ، والشافعية في المذهب[(٣)] ، والحنابلة في قول[(٤)] .

وجه هذا القول :

١- إن المبيع قبل قبضه مضمون على البائع بالثمن : إذ لو تلف هنا لسقط الثمن عن المشتري ، فلا يكون مضموناً عليه بضمان آخر : وهو الضمان بالبدل من القيمة أو المثل ؛ لأن المحل الواحد لا يقبل الضمانين[(٥)] .

٢- وقياساً على ما إذا تلف المبيع بآفة سماوية : حيث يكون الحكم مثل ما ذكر ، فكذلك إذا تلف بفعل البائع[(٦)] .

---

(٥) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٨٧ .

(٦) التنوخي ، الممتع ، ج٣ ، ص١٣١ . ابن مفلح ، المبدع ، ج٤ ، ص١١٦ .

(١) العكبري ، الحسين بن محمد ، رؤوس المسائل الخلافية ، ط١ ، تحقيق د. خالد الخشلان و د. ناصر السلامة، دار إشبيليا ، الرياض ، ٢٠٠١م ، ج٢ ، ص٧٨١ .

(٢) السرخسي ، محمد بن أحمد ، (ت٤٩٠هـ) . المبسوط ، ط١ ، تحقيق محمد إسماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١م ، ج١٣ ، ص٢٠٢ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٨٦ . ابن عابدين ، رد المحتار، ج٧ ، ص٩٤ .

(٣) الغزالي ، محمد بن محمد ، (ت٥٠٥هـ) . الوجيز ، ط١ ، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود ، دار الأرقم ، بيروت ، ١٩٩٧م ، ج١ ، ص٣٠٥ . النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٩١ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٩١ .

(٤) ابن قدامة ، الكافي ، ج٢ ، ص١٩ . ابن عبيدان ، عبد الرحمن ،(ت٦٣٠هـ) . زوائد الكافي ، ط١ ، المكتب الإسلامي ، دمشق ، ص٨٣ . الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٣ ، ص٥٤١ .

(٥) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٨٦ . الشيرازي ، إبراهيم بن علي ، (ت٤٧٦هـ) . المهذب ، ط١ ، تحقيق زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥م ، ج٢ ، ص٧٠ .

(٦) ابن قدامة ، الكافي ، ج٢ ، ص١٩ . ابن مفلح ، المبدع ، ج٤ ، ص١١٦ .

القول الثالث : لا ينفسخ البيع ، ولا خيار للمشتري في فسخه ، وعليه الثمن ، ويرجع على البائع بالقيمة أو بالمثل ، وسواء أكان المبيع من ضمان البائع أم من ضمان المشتري . وهذا مـذهب المالكية(٧) ، والحنابلة في قول(٨) .

وجه هذا القول : القياس على ما إذا أتلف شخص لآخر مالاً : حيـث لا يكـون لـصاحبه إلا الرجوع على المتلف بالقيمة أو بالمثل ، وليس له غير ذلك فكذلك هنا(١) .

المناقشة والقول المختار

ـ يمكن مناقشة ما استدل به أصحاب القول الثاني على النحو التالي :

١- قولهم : إن المبيع قبل قبضه مضمون على البائع بالثمن ... فلا يكون مضموناً عليه بضمان آخر ... – يجاب عنه : بأنه لا منافاة بين ثبوت الضمان بالثمن ، وبين ثبوت الـضمان بالبـدل على البائع قبل القبض ؛ لاختلاف السبب في كل منهما : فسبب الضمان بـالثمن هـو العقـد ، ويكون هذا عند تلف المبيع بأمر لا صنع للبائع فيه : كأن يتلف بآفة سماوية ، حيث يسقط الثمن عن المشتري . أما سبب الضمان بالبدل فهو إتلاف البائع للمبيع. وحيث اختلف السبب فلا منافاة بينهما ، وإنما تكون المنافاة لو جمعنا بين ضمانين مختلفين بسبب واحد .

٢- أما القياس على تلف المبيع بآفة سماوية فيجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ ذلك أن المبيع إذا تلف بآفة سماوية ، فإنه لا يوجد من الضمان سوى الضمان بالثمن ، بمعنى سقوط الـثمن عن المشتري . أما إذا تلف بفعل البائع ، فههنا ضمانان : ضمان ببدل المبيـع مـن المثـل أو القيمة؛ بسبب إتلاف البائع ، ويتقرر هذا الضمان إن أمضى المشتري البيع . وضمان بـالثمن ؛ بسبب العقد ، ويتقرر هذا الضمان إن فسخ المشتري البيع ، حيث يسقط عنـه الـثمن . فجعـل للمشتري الخيار في التضمين بأيهما شاء(٢).

ـ أما ما استدل به أصحاب القول الثالث من القياس على ما إذا أتلف شخص لآخر مـالاً ... – فيجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ فالمال التالف في المقيس عليه هو جزء من مـال المالـك

---

(٧) مالك ، مالك بن أنس ، (ت١٧٩هـ) . المدونة الكبرى ، ط١ ، دار الكتب العلميـة ، بيـروت ، ١٩٩٤م ، ج٣، ص١٣٦ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢٠٨ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤ ، ص٢٤٣- ص٢٤٤ .

(٨) الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٣ ، ص٥٤١ .

(١) مالك ، المدونة الكبرى ، ج٣ ، ص١٣٦ .

(٢) ابن مفلح ، المبدع ، ج٤ ، ص١١٦ – ص١١٧ . البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٥٩ .

الذي يحوزه وتقرر قبضه عليه ، كما أنه ليس ثمة من عقد يربطه بالجاني بخصوص هذا المال التالف ، فلم يكن للمالك سوى تضمينه . أما المبيع التالف هنـا فإنمـا تلـف قبـل أن يقبـضه المشتري، والذي أتلفه هو البائع الذي يرتبط معه بخصوص المال التالف بعقد ، فكان مستـساغاً تخيير المشتري بين إمضاء هذا البيع أو فسخه حسبما تقتضيه مصلحته .

كما أن تسوية المالكية – في الحكم الذي جنحوا إليه - بين أن يكون ضمان المبيع من البـائع أم المشتري ، ليست متسقة مع ما ذكروه في حكم تلف كل المبيع قبل قبضه بآفـة سـماوية ؛ لأن الحكم الذي ذهبوا إليه لأن استسيغ في المبيع الذي يكون من ضمان المشتري – على قولهم - ، فليس بمستساغ في ذاك المبيع الذي يكون من ضمان البائع ؛ وذلك للفرق القائم بين الحـالتين : ففي الحالة التي يكون فيها المبيع من ضمان المشتري ، فإن ملك المشتري له يكون مـستقراً ، فهو أشبه بما لو قبضه المشتري ، ثم جنى عليه البائع ، حيث يكون الحكم مثل ما تقـدم . أمـا حين يكون المبيع من ضمان البائع ، فإن ملك المشتري له لم يستقر بعد ؛ لعدم قبضه ودخولـه في ضمانه.

من هنا ، كان الحنابلة – وهم من القائلين بأن من المبيع قبل قبضه ما هو من ضـمان البـائع، ومنه ما هو من ضمان المشتري – متسقين مع ما ذكروه في حكم تلف كل المبيع قبـل قبـضه بآفة سماوية ؛ وذلك حين غايروا في الحكم بينهما ، على نحو ما تقدم بيانه .

مما تقدم ، وبعد استعراض أقوال الفقهاء ، وأدلتهم ، والمناقشة فإنني أختار القول الأول القاضي بعدم انفساخ البيع ، وتخيير المشتري ؛ لما ذكروه من أدلة تؤيد ذلك .

والقول بانفساخ البيع – كما هو الحال عند أصحاب القول الثاني – يتصادم مع طبيعة عقد البيع، والذي هو عقد ملزم للجانبين لا يستبد أحدهما بفسخه : فالبيع قد انعقد ، وهو ينشأ التزاماً علـى البائع بتسليم المبيع ، ويرتب ملكاً للمشتري في هذا المبيع ، وإن لم يستقر بعد .

كما أن القول بعدم انفساخ البيع ، وإلزام المشتري بالمضي فيه – كما هو الحال عند أصـحاب القول الثالث – يتنافى مع الحالة التي وقع فيها الإتلاف ، وهي حالة لم يستقر فيها ملك المشتري للمبيع بعد ؛ لعدم قبضه ودخوله في ضمانه .

في حين يتلافى القول بتخيير المشتري – كما هو الحال عند أصـحاب القـول الأول – هـذين الاعتراضين ؛ إذ يتيح المجال للمشتري بأن يختار ما يلبي حاجته ومصلحته : إن شاء أمـضى البيع ؛ التفاتاً إلى العقد الذي أبرمه مع البائع . وإن شاء فسخه ؛ لأن ملكه للمبيع لم يستقر بعد .

المسألة الرابعة : أثر فوات كل المبيع قبل القبض بفعل أجنبي

أقوال الفقهاء وأدلتهم

اختلف الفقهاء إذا تلف كل المبيع قبل قبضه بفعل أجنبي على ثلاثة أقوال :

القول الأول : لا ينفسخ البيع ، والمشتري بالخيار : إن شاء فسخ البيع ، فيسقط عنـه الـثمن ، ويتبع البائع الأجنبي بالقيمة أو بالمثل . وإن شاء أمضاه ، وأدى الثمن ، ويرجع المشتري على الأجنبي بالقيمة أو بالمثل .وهذا مذهب الحنفية[(١)]، والشافعية في الأظهر[(٢)]، والحنابلة[(٣)].

وبه أخذ القانون المدني الأردني في المادة (٥٠٢) فقرة (١) .

وجه هذا القول :

١- إن "المبيع قد تعيب في ضمان البائع ؛ لأنه كان عيناً فصار قيمة . وتعيب المبيع في ضمان البائع يوجب الخيار"[(٤)] .

---

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٨٧ . ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٦ ، ص٢٣ . ابن عابـدين ، رد المحتار ، ج٧ ، ص٩٤ .

(٢) النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٩١ – ص٩٢ . ابن النقيب ، أحمد ، (ت٧٦٩هـ) . عمـدة الـسالك ، ط٢، تحقيق صالح مؤذن ومحمد الصباغ ، مكتبة الغزالي ، دمشق ، ١٩٨٥م ، ص٢٤٠ . الـشربيني ، مغنـي المحتاج ، ج٢ ، ص٩٢ .

(٣) الأدمي ، أحمد بن محمد ، (ت٧٤٩هـ) . المنور في راجح المحرر ، ط١ ، تحقيق د. وليد المنـيس ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ٢٠٠٣م ، ص٢٥١ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص١١٠ . ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٣٣٦ . يقيد الحنابلة الحكم المتقدم بما إذا كان المبيع من ضمان البائع . وقياس هـذا ، أن المبيع الذي يكون من ضمان المشتري إذا أتلفه الأجنبي أن يبقى البيع بحاله دون تخيير للمـشتري ، بـل يتبـع الأجنبي بالقيمة أو بالمثل ؛ لأن المشتري يضمنه بمجرد العقد ، فأشبه ما لو أتلفه الأجنبي بعد القبض .

(٤) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٨٧ . وانظر : البهوتي ، كشاف القناع ، ج٣ ، ص٢٨٣ .

٢- ولأن المبيع إذا تلف ، فقد فاتت العين المقصودة للمشتري ، فكان له الخيار[٥] .

٣- ولأن المبيع إذا تلف ، فإن له بدلاً يقوم مقامه من المثل أو القيمة ، فلم ينفسخ البيع ؛ كما لو تعيب[٦] .

٤- أما تضمين الأجنبي في كل حال ؛ فلأنه "أتلف مالاً مملوكاً لغيره بغير إذنه ، ولا يد له عليه ، فيكون مضموناً عليه بالمثل أو القيمة"[١] .

القول الثاني : لا ينفسخ البيع ، ولا خيار للمشتري في فسخه ، وعليه الثمن ، سواء أكان المبيع من ضمان البائع أم من ضمان المشتري ، ويغرمه الأجنبي لمن كان الضمان منه من بـائع أو مشتر بالقيمة أو بالمثل . وهذا مذهب المالكية[٢] .

القول الثالث : ينفسخ البيع ، ويسقط الثمن عن المشتري ، وضمانه من البائع . وهذا قول عنـد الشافعية[٣].

وجه هذا القول : أن الأجنبي إذا أتلف المبيع ، فقد تعذر التسليم ، فينفسخ البيع[٤] ؛ كما لو تلف بآفة سماوية[٥] .

المناقشة والقول المختار

---

[٥] عميرة ، حاشية عميرة ، ج٢ ، ص٣٣٦ . ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج٢ ، ص١٥٢ .

[٦] البقاعي ، عمر بن محمد . فيض الإله المالك ، ط١ ، تحقيق محمد عطا ، دار الكتب العلميـة ، بيـروت ، ١٩٩٩م ، ج٢ ، ص٤٤ . ابن قدامة ، الكافي ، ج٢ ، ص١٩ .

[١] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٨٧ .

[٢] خليل ، مختصر خليل ، ص٢٠٨ . الدردير ، الشرح الـصغير ، ج٣ ، ص١٢٥ – ص١٢٦ . الدسـوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤ ، ص٢٤٣ – ص٢٤٤ .

[٣] الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص٧٠ . البغوي ، الحسين بن مسعود ، (ت٥١٦هـ) . التهذيب ، ط١ ، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م ، ج٣ ، ص٣٩٥ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٩٢ .

[٤] الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص٧٠ . الرافعي ، العزيز ، ج٤ ، ص٢٨٨ .

[٥] الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص٧٠ . السيوطي ، شرح التنبيه ، ج١ ، ص٣٦٠ .

ـ يمكن مناقشة ما ذهب إليه المالكية بمثل ما نوقش به مذهبهم في مسألة تلف كل المبيـع قبـل القبض بفعل البائع ، سواء من حيث القول بعدم الانفساخ وإلزام المشتري بالمضي فيه ، أم مـن حيث التسوية في الحكم بين أن يكون المبيع من ضمان البائع أم المشتري .

ـ أما ما استدل به أصحاب القول الثالث فيجاب عنه من شقين :

الأول : المبيع وإن تعذر تسليم عينه ، إلا أن له بدلاً يقوم مقامه من المثل أو القيمة – كما ذكـر أصحاب القول الأول - ، ومن ثَمّ يمكن تسليم بدله .

على أن تعذر تسليم العين قد روعي هنا : وذلك بإثبات الخيار للمشتري بين المضي في البيع أو فسخه ، وترك له وحده تقدير مصلحته في ذلك .

الآخر : القياس على تلف المبيع بآفة سماوية قياس مع الفارق ، كما تقدم بيانـه فـي معـرض مناقشة أدلة الفريق الثاني في المسألة السابقة (تلف كل المبيع قبل القبض بفعل البائع) ، فما قيـل هناك يقال هنا .

من هنا ، فإنني أختار القول الأول القاضي بعدم انفساخ البيع ، وإثبات الخيار للمشتري ؛ للتعليل المذكور في توجيه القول المختار في مسألة تلف كل المبيع قبل القبض بفعل البائع .

الفرع الثاني : أثر فوات بعض المبيع قبل القبض

المسألة الأولى : أثر فوات بعض المبيع قبل القبض بآفة سماوية

أقوال الفقهاء وأدلتهم

اختلف الفقهاء إذا تلف بعض المبيع قبل قبضه بآفة سماوية على قولين :

القول الأول : التفصيل بين أن يترتب على التلف نقصان قدر أو نقصان وصف[1] : فإن كان نقصان قدر : كمن اشترى دابتين فهلكت إحداهما ، فإن البيـع ينفـسخ فـي الجـزء الهالـك ، وللمشتري الخيار في الباقي : إن شاء أخذه بحصته من الثمن ، وإن شـاء تركـه . وإن كـان نقصان وصف : كمن اشترى دابة فتلف طرف منها ، فإن البيع لا ينفسخ ، ويكـون المـشتري

---

[1] ضابط التفرقة بين الوصف والقدر : أن كل ما يدخل في البيع بلا ذكر : كالـشجر والبنـاء فـي الأرض ، وأطراف الحيوان ، فهو وصف . وما لا يدخل إلا بذكر فهو قدر . انظر : الكاساني ، بـدائع الـصنائع ، ج٥ ، ص٣٨٨ . ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٦ ، ص٢٣ . الزرقا ، عقد البيع ، ص١٢٤ .

بالخيار في الباقي : إن شاء أخذه بجميع الثمن فلا يسقط منه شيء مقابل التالف ، وإن شاء تركه. وهذا مذهب الحنفية[٢] ، والشافعية في المذهب[٣] ، والحنابلة[٤] .

وجه هذا القول :

١- أما انفساخ البيع في الجزء الهالك ، وسقوط حصته من الثمن ، في حالة نقصان القدر ؛ فلأن كل قدر من المبيع يقابله حصة من الثمن ، ولهذا لو هلك كل المبيع فإن البيع ينفسخ في الكل ، ويسقط جميع الثمن ، فهلاك بعضه يوجب انفساخ البيع في الجزء الهالك ، وسقوط حصته من الثمن[١] .

٢- أما ثبوت الخيار للمشتري في الباقي ، في حالة نقصان القدر ؛ فلأن الصفقة قد تفرقت عليه: حيث تلف بعض المبيع دون بعضه الآخر ، فيكون للمشتري خيار تفريق الصفقة[٢] .

٣- أما عدم انفساخ البيع في الجزء التالف ، ولزوم حصته من الثمن ، وعدم سقوطها عن المشتري، في حالة نقصان الوصف فلما يلي :

أ- إن الفائت هنا وصف ، والأوصاف لا حصة لها من الثمن إلا إذا وردت عليها جناية[٣] .

ب- إن نقصان الوصف من شأنه أن يجعل المبيع معيباً ، وقد حدث بأمر ظاهر يعلمه المشتري، فإن أمضى البيع ، فقد رضي به معيباً ، فهو كما لو اشترى معيباً يعلم بعيبه : فإنه يلزمه جميع الثمن ، ولا شيء له مقابل العيب فكذلك هنا[٤] .

---

[٢] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٨٨ . ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٦ ، ص٢٣ . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٧ ، ص١٠٣ .

[٣] الرافعي ، العزيز ، ج٤ ، ص١٤١ – ص١٤٢ ، ص٢٩٢ ، ص٢٩٣ . النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٥٧ ، ص٩٢ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٥٧ ، ص٩٢ .

[٤] ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٨١ ، ص١٧٠ . الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٣ ، ص٥٤٣ – ص٥٤٤. ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٣٣٦ ، ص٣٣٨ . يقيد الحنابلة الحكم المتقدم بما إذا كان المبيع من ضمان البائع . أما إن كان من ضمان المشتري ، فالبيع بحاله ، وهلاكه عليه .

[١] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٨٨ .

[٢] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٨٨ . البهوتي ، كشاف القناع ، ج٣ ، ص٢٨٢ .

[٣] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٨٨ . الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص٧٠ .

جـ - إن المشتري قادر على فسخ البيع ، فلم يكن له شيء مقابل ما فات من الوصف[٥] .

٤- أما ثبوت الخيار للمشتري في حالة نقصان الوصف ؛ فلأن المبيع قد تعيب قبـل القـبض ، وهذا يوجب الخيار[٦] .

٥- أما عدم انفساخ جميع البيع بنقصان بعض المبيع ، سواء أكـان نقـصان قـدر أم نقـصان وصف؛ فلأن العقد وقع صحيحاً ، فذهاب بعض المبيع لا يفسخه ؛ كما لو اشـترى مبيعـين ، فوجد أحدهما معيبا فرده : لم ينفسخ في الثاني فكذلك هنا[٧] .

القول الثاني : التفصيل بين أن يبقى بعد التلف نصف المبيع أو دونه : فإن كان الباقي بعد التلف النصف فأكثر ، ينظر إلى المبيع : إن كان متعدداً : كمن اشترى دابتين فتلفت إحـداهما ، لـزم المشتري الباقي بحصته من الثمن . وإن كان متحداً : كدابة ، خير المشتري بين رد المبيع وأخذ ثمنه ، وبين التمسك بالباقي بحصته من الثمن . هذا ، إن كان الباقي بعد التلف النصف فأكثر ، فإن كان الباقي بعد التلف أقل من النصف ، ينظر إلى المبيع : إن كان قيمياً ، حـرم التمـسك بالباقي ، ووجب رد المبيع ، وأخذ جميع الثمن . وإن كان مثلياً ، يخير المشتري بين فسخ البيع وأخذ ثمنه ، وبين التمسك بالباقي بحصته من الثمن . وهذا مذهب المالكية[١] .

وحكم تعيب بعض المبيع بآفة سماوية عند المالكية هو نفس حكم التلف السابق ، إلا أنه يختلـف عنه في أمرين :

---

[٤] ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٨١ . ابن قائد ، حاشية المنتهى ، ج٢ ، ص٣٣٦ .

[٥] المحلي ، كنز الراغبين ، ج٢ ، ص٣٣٧ . ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج٢ ، ص١٥٣ .

[٦] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٨٨ .

[٧] ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص١٧٠ .

[١] خليل ، مختصر خليل ، ص٢٠٨ . الدردير ، الـشرح الكبيـر ، ج٤ ، ص٢٤٠ – ص٢٤١ . الدسـوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤ ، ص٢٤٠ – ص٢٤١ . يقيد المالكية الحكم المتقدم بما إذا كان المبيع من ضمان البائع ، وكذا في حالة تعيب بعضه بآفة سماوية قبل قبضه . وقياس ما ذكروه في حالة تلف كل المبيع قبل القبض بآفـة سماوية، أن المبيع إذا كان من ضمان المشتري ، فتلف بعضه أو تعيب بآفة سماوية قبل قبضه ، أن يبقى البيـع بحاله دون تخيير للمشتري ، وعليه جميع الثمن ؛ لأن المشتري يضمنه بمجرد العقد ، فأشبه ما لو حدث ذلـك بعد القبض .

١- إن كان السالم من التعييب أقل من النصف ، يخير المشتري بين رد جميع المبيع وأخذ ثمنه، وبين التمسك بجميع المبيع سالماً ومعيباً بجميع الثمن ، وليس له التمسك بذلك السالم فقط بحصته من الثمن . بخلاف حالة التلف : حيث له التمسك بالباقي بحصته من الثمن[٢] .

٢- إن تخيير المشتري في حالة ما إذا كان السالم من التعييب أقل من النـصف ، يكـون فـي المثلي والقيمي أيضاً ، وليس خاصاً بالمثلي ، كما هو الحال في التلف – على ما يدل عليه كلام البناني، والدسوقي[٣] - .

وجه هذا القول :

١- أما إلزام المشتري بباقي المبيع بحصته من الثمن ، إذا كان الباقي بعد التلف النصف فأكثر ، وكان المبيع متعدداً ؛ فلأن "بقاء النصف كبقاء الجل ، فيلزم المشتري"[١] .

٢- أما وجه التفرقة في الحكم بين القيمي والمثلي ، في حالة ما إذا كان الباقي بعد تلف المبيـع أقل من النصف ؛ فلأن الباقي إذا كان قيمياً ، فلا يمكن معرفة حصته من الـثمن ؛ لأن معرفـة ذلك تتوقف على تقويم جميع المبيع ، ثم النظر فيما يخص كل جزء على انفراده من الثمن .

وهو متعذر هنا ؛ لأن جل المبيع قد تلف . ومن هنا ، يكون تمسك المشتري بهذا الجزء الباقي ، كإنشاء عقد بثمن مجهول ، وهذا لا يجوز . بخلاف ما إذا كان الباقي مثلياً : فإنه يمكن معرفـة حصته من الثمن ؛ إذ لا يتوقف ذلك على تقويم جميع المبيع ، ثم النظر فيما يخص كـل جـزء على انفراده ، وإنما تعرف بالنظر إلى أمثاله[٢] .

المناقشة والقول المختار

---

[٢] خليل ، مختصر خليل ، ص٢٠٨ . الدردير ، الشرح الكبير ، ج٤ ، ص٢٤١ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤ ، ص٢٤١ .

[٣] البناني ، حاشية البناني ، ج٤ ، ص٢٩٠ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤ ، ص٢٤١ .

[١] الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤ ، ص٢٤١ .

[٢] الآبي ، جواهر الإكليل ، ج٢ ، ص٧٧ . الدردير ، الشرح الكبير ، ج٤ ، ص٢٤١ .

يمكن مناقشة ما ذهب إليه المالكية من التفصيل المتقدم ، واستدلالهم لبعض ما جاء فيـه علـى النحو التالي :

١- أما إلزام المشتري بباقي المبيع بحصته من الثمن ، إذا كان الباقي بعد التلف النصف فأكثر ، وكان المبيع متعدداً ؛ استدلالاً بأن بقاء النصف كبقاء الجل ، فيلزم المشتري – يجاب عنه : بأنه غير مسلم ؛ لأن تعلق المشتري بجميع المبيع ، ليس كتعلقه بنصفه : فالمشتري أقدم على البيـع بغية الحصول على المبيع جميعه ، وربما لو علم أن هذا لن يتم له لرغب عن البيع ابتداء ، ولو كان تعلقه بما دون جميع المبيع كتعلقه بجميعه لاشتراه وحده . وهذا يحتم عدم إنـزال النـصف منزلة الجل هنا . ثم إن هذا التعليل لو كان مستقيماً ، لألزم المشتري بجميع الـثمن ، وأنـتم لا تقولون به ، فهل بقاء النصف كبقاء الجل في حال دون حال ؟!

٢- أما تخيير المشتري على النحو المذكور في حالة ما إذا كان الباقي بعد التلف النصف فأكثر، وكان المبيع متحداً – فإنه بعمومه يشمل : نقصان القدر ، ونقصان الوصف . وهو مـسلم فـي النقصان الأول دون الآخر ؛ لأن المشتري يخير في نقصان الوصف بين فسخ البيع وأخذ ثمنه ، وبين إمضاء الباقي بجميع الثمن ، وليس بحصته من الثمن كما ذكر المالكية ؛ وذلـك للتوجيـه الذي ذكره أصحاب القول الأول في التفريق بين نقصان القدر ، ونقصان الوصف .

٣- أما الاستدلال لتحريم تمسك المشتري بباقي المبيع ، وإيجاب فسخ البيع ، ورد الـثمن ، إذا كان الباقي بعد التلف أقل من النصف ، وكان المبيع قيمياً – يجاب عنه : بأنه غير مـسلم ؛ لأن المبيع كان معلوماً قبل التلف منذ العقد ، وإلا لما جاز بيعه ابتداء ، ومن ثَمّ يمكن معرفة حـصة الباقي من الثمن ؛ للعلم المسبق بالمبيع .

من هنا ، يستوي أن يكون المبيع قيمياً أم مثلياً ، ويثبت للمشتري الخيار فيهما . على أن يراعى اختلاف الخيار بحسب ما إذا كان النقصان : نقصان قدر ، أو نقصان وصف ، على نحو ما تقدم ذكره وتعليله آنفاً .

٤- أما ما ذكروه من حكم تعيب بعض المبيع فنقول فيه : إن تعيب بعض المبيع يماثل نقـصان الوصف الذي ذكره أصحاب القول الأول . ومن ثَمّ نوافقهم على أن تخيير المشتري فيه يكون بين فسخ البيع وأخذ الثمن ، أو أخذ الباقي بجميع الثمن ، وعدم سقوط شيء منه مقابل العيـب ، وأن التخيير يستوي فيه أن يكون السالم من التعييب قيمياً أم مثلياً . ولكننا نفترق معهم فيما وراء

ذلك : فلا نرى تقييد هذا الحكم بما إذا كان السالم من التعييب أقل من النصف ، بل نرى شموله كذلك لما إذا كان السالم من التعييب أكثر من النصف . أما تنزيل تعيب المبيع منزلة التلف ، إذا كان السالم من التعييب أكثر من النصف – فغير مسلم ، ويناقش بمثل ما نوقش به قولهم في حكم التلف إذا كان الباقي النصف فأكثر ، سواء أكان المبيع متعدداً أم متحداً .

من هنا ، نقرر أن حكم تعيب المبيع يستوي فيه أن يكون السالم بعد التعييب أكثر من النصف أم أقل ، متعدداً أم متحداً ، قيمياً أم مثلياً . وأن المشتري يملك الخيار في كل ما تقدم بين فسخ البيع وأخذ ثمنه ، وبين إمضائه بجميع الثمن .

مما تقدم ، وبعد استعراض أقوال الفقهاء ، وأدلتهم ، والمناقشة فإنني أختار القول الأول بتفصيله المذكور ؛ لما ذكروه من أدلة . والقول الأول أولى بالاختيار من القول الثاني ؛ لأن أصحاب القول الثاني قد نصوا على إلزام المشتري بباقي المبيع في موضع من تفصيلهم ، كما نصوا على انفساخ البيع في موضع آخر . وقد علمتَ – في مسألة تلف كل المبيع قبل قبضه بفعل البائع – ما في القول بالإلزام أو الانفساخ من إشكال ، وأن القول بالتخيير يتلافى ذلك كله .

المسألة الثانية : أثر فوات بعض المبيع قبل القبض بفعل المشتري

اتفق الفقهاء من : الحنفية[١] ، والمالكية[٢] ، والشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] على أن المشتري إذا أتلف بعض المبيع قبل قبضه فإن البيع لا ينفسخ بذلك ، ويصير قابضاً له بإتلافه ، ويلزمه جميع الثمن . وبه أخذ القانون المدني الأردني في المادة (٥٠١) فقرة (١) .

وجه هذا الاتفاق : أن المشتري يصير قابضاً كل المبيع بإتلاف بعضه ؛ لأنه لا يمكنه إتلاف البعض إلا بإثبات يده على الكل ، وهذا معنى القبض ، فيلزمه جميع الثمن[٥] .

---

[١] السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج٢ ، ص٥٧ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٨٩ .

[٢] خليل ، مختصر خليل ، ص٢٠٨ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤ ، ص٢٤٤ .

[٣] النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٩٢ . ابن المقري ، روض الطالب ، ج٤ ، ص٢٠٤ .

[٤] ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٨١ . الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٣ ، ص٥٤٣ .

[٥] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٨٩ .

هذا ، ويرى الخرشي[٦] من المالكية : أن المشتري إذا أتلف بعض المبيع قبل قبضه فإن المبيـع يقوم سالماً ومعيباً ، ويغرم المشتري الفرق بينهما ، ويثبت له الخيار فيما بقي من المبيـع : إن شاء أمضاه ، ودفع بقية الثمن. وإن شاء رده ، وأخذ الثمن .

وهذا قول يخالف ما عليه بقية الفقهاء ، ولهذا قال البناني : "ولم أر من قاله"[٧] . ونقل الدسوقي مقالة البناني هذه في حاشيته[٨] .

المسألة الثالثة : أثر فوات بعض المبيع قبل القبض بفعل البائع

أقوال الفقهاء وأدلتهم

اختلف الفقهاء إذا تلف بعض المبيع قبل قبضه بفعل البائع على ثلاثة أقوال :

القول الأول : لا ينفسخ البيع ، والمشتري بالخيار : إن شاء فسخ البيع ، فيـسقط عنـه جميـع الثمن. وإن شاء أمضى البيع . وهنا يختلف أصحاب هذا القول : فمنهم من يرى : أن المشتري يمضيه بحصته من الثمن ، وتسقط حصة ما تلف . وهذا مذهب الحنفية[١] .

ومنهم من يرى : أن المشتري يمضيه بجميع الثمن ، ولا يملك تغريم البائع ما نقـص . وهـو المذهب عند الشافعية . وعندهم قول آخر بأن المشتري يمضيه بجميع الثمن ، وللمشتري تغريم البائع . وفي مقدار هذه الغرامة قولان مفرعان على القول الثاني : القول الأول : نصف القيمة ،

---

[٦] الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٥ ، ص٥٥٥ .

[٧] البناني ، حاشية البناني ، ج٥ ، ص٢٩٣ .

[٨] الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤ ، ص٢٤٤ .

[١] الشيباني ، محمد بن الحسن ، (ت١٨٩هـ) . الأصل ، ط١ ، تحقيق أبي الوفاء الأفغاني ، عـالم الكتـب ، ١٩٩٠م ، ج٥ ، ص٢٦٥ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٨٩ . ابن عابـدين ، رد المحتـار ، ج٧ ، ص١٠٣ .

وهو الأصح . القول الآخر : ما نقص من القيمة بالإتلاف[٢] . ومنهم من يرى : أن المـشتري يمضيه بجميع الثمن ، ثم يرجع على البائع بعوض ما أتلف . وهذا مذهب الحنابلة[٣] .

وجه هذا القول :

١- أما إثبات الخيار للمشتري فلأمرين :

أ- لأن الصفقة قد تفرقت عليه : حيث تلف بعض المبيع بفعل البائع دون بعضه الآخر ، فكـان للمشتري خيار تفريق الصفقة[٤] .

ب- ولأن تلف بعض المبيع بفعل البائع إما أن ينزل منزلة تلفه بفعل الآفة السماوية ، أو بفعـل الأجنبي ، وكلاهما مثبت للخيار[٥] .

٢- أما وجه ما ذهب إليه الحنفية من أن المشتري إذا أمضى البيع فإنما يمضيه بحـصته مـن الثمن ، وتسقط حصة ما تلف ؛ فلأن البائع لو أتلف جميع المبيع فإن البيع ينفسخ فـي الكـل ، ويسقط جميع الثمن ، فكذلك إذا أتلف بعضه ، ينفسخ البيع في ذلك القدر ، وتسقط حـصته مـن الثمن[١] .

٣- أما وجه ما ذهب إليه الشافعية – في المذهب عندهم – من أن المشتري إذا أمـضى البيـع فإنما يمضيه بجميع الثمن ، ولا يملك تغريم البائع ما نقص ؛ فقياساً على مـا إذا تلـف بعـض المبيع قبل القبض بآفة سماوية ، وترتب عليه نقصان وصف : فإن المشتري إذا اختار إمـضاء البيع فإنما يمضيه بجميع الثمن ، ولا شيء له على البائع فكذلك هنا[٢] .

---

[٢] الرافعي ، العزيز ، ج٤ ، ص٢٩٢ – ص٢٩٣ . النووي ، منهاج الطـالبين ، ج٢ ، ص٩٢ . الـشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٩٣ .

[٣] ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٨١ . شمس الدين بن قدامة ، عبد الرحمن بن أبي عمر ، (ت ٦٨٢ هـ ـ) . الشرح الكبير على متن المقنع ، ط١ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٤م ، ج٤ ، ص١٢٦ . الزركـشي ، شـرح الزركشي ، ج٣ ، ص٥٤٣ . يقيد الحنابلة الحكم المتقدم بما إذا كان المبيع من ضمان البائع . وقياس هـذا ، أن المبيع الذي يكون من ضمان المشتري إذا أتلف البائع بعضه أن يبقى البيع بحاله دون تخيير للمشتري ، بل يتبع البائع بالقيمة أو بالمثل ؛ لأن المشتري يضمنه بمجرد العقد ، فأشبه ما لو أتلف البائع بعضه بعد القبض .

[٤] السرخسي ، المبسوط ، ج١٣ ، ص٢٠٢ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٨٩ .

[٥] ابن الملقن ، عجالة المحتاج ، ج٢ ، ص٧١٥ . الرملي ، نهاية المحتاج ، ج٤ ، ص٨٤ .

[١] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٨٩ .

[٢] الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص٧٠ – ص٧١ . البغوي ، التهذيب ، ج٣ ، ص٣٩٦ .

٤- أما وجه القول الثاني عند الشافعية الذي يعطي المشتري الحق في تغريم البـائع إن اختـار إمضاء البيع بجميع الثمن ؛ فقياساً على ما إذا تلف بعض المبيع قبل القبض بفعل الأجنبي : فإن المشتري إذا اختار إمضاء البيع فإنما يمضيه بجميع الثمن ، ثم يرجع على المتلـف بمـا أتلفـه فكذلك هنا[٣] .

القول الثاني : لا ينفسخ البيع ، ولا خيار للمشتري في فسخه ، وعليه جميع الثمن ، ويرجع على البائع بالقيمة أو بالمثل ، سواء أكان المبيع من ضمان البائع أم المشتري ، وقع الإتـلاف مـن البائع عمداً أم خطأ . وهذا هو الصواب عند المالكية[٤] .

القول الثالث : التفصيل بين أن يكون المبيع من ضمان البائع أو المـشتري ، وبـين أن يكـون الإتلاف وقع عمداً أو خطأ : فإذا كان المبيع من ضمان المشتري فالبيع لا ينفـسخ ، ولا خيـار للمشتري في فسخه ، وعليه الثمن ، ثم يرجع على البائع بالقيمة أو بالمثل ، سواء أوقع الإتلاف من البائع عمداً أم خطأ . أما إذا كان المبيع من ضمان البائع فللمشتري الخيار : إن شاء فـسخ البيع ، فيسقط عنه جميع الثمن ، سواء أوقع الإتلاف عمداً أم خطأ . وإن شاء أمـضاه بجميـع الثمن ، وغرم البائع إن وقع الإتلاف عمداً ، أما إن وقع خطأ فليس له تغريمه . وهذا قول عنـد المالكية[١] .

المناقشة والقول المختار

١- أما استدلال الحنفية لما ذهبوا إليه من أن المشتري إذا أمضى البيع فإنما يمضيه بحصته من الثمن ، وتسقط عنه حصة ما تلف – يجاب عنه : بأنه مبني على قولهم : إن إتلاف البائع كـل المبيع قبل القبض ينفسخ به البيع ، ويسقط الثمن عن المشتري . وهو قول غير مسلم ، كما بان من مناقشته في مسألة إتلاف البائع كل المبيع قبل القبض . وقد قرر علماء الأصـول أن مـن

---

[٣] المحلي ، كنز الراغبين ، ج٢ ، ص٣٣٧ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٩٣ .

[٤] العدوي ، حاشية العدوي على الخرشي ، ج٥ ، ص٥٥٧ . البنـاني ، حاشـية البنـاني ، ج٥ ، ص٢٨٩ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤ ، ص٢٣٩ ، ص٢٤٤ .

[١] الآبي ، جواهر الإكليل ، ج٢ ، ص٧٨ – ص٧٩ . الزرقاني ، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليـل ، ج٥ ، ص٢٩٣ . العدوي ، حاشية العدوي على الخرشي ، ج٥ ، ص٥٥١ ، ص٥٥٦ .

شروط حكم الأصل في القياس : أن يكون متفقاً عليه[٢] . وما نحن فيه بخلاف هذا ، فلا يستقيم ذلك القياس .

٢- أما القياس الذي استدل به الشافعية لما ذهبوا إليه – في المذهب عندهم – من أن المـشتري إذا أمضى البيع فإنما يمضيه بجميع الثمن ، ولا يملك تغريم البائع – يجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ فنقصان الوصف في حالة الآفة السماوية لم يكن بفعل البائع ، فلـم يملـك المـشتري تغريمه إياه . وهذا بخلاف نقصان الوصف هنا : حيث كان بفعل البائع ، فملك المشتري تغريمه إياه[٣] .

ثم إن قول الشافعية – في المذهب عندهم – لا يتفق وما ذكروه في مسألة إتلاف البائع كل المبيع قبل القبض : حيث قرروا هناك – في المذهب عندهم – أن البيع ينفسخ ، ويسقط الـثمن عـن المشتري . وقياس هذا ، أن البائع إذا أتلف بعضه أن ينفسخ البيع في هذا القدر بحـصته مـن الثمن . ولهذا كان الحنفية متسقين مع ما قالوه في تلك المسألة وما قرروه هنا : حيـث نـصوا هناك على انفساخ البيع ، وسقوط الثمن . وقرروا هنا انفساخ البيع في القدر الذي أتلفه البـائع ، وإسقاط حصته من الثمن – على نحو ما تقدم بيانه عنهم - .

٣- أما ما ذهب إليه المالكية – في الصواب عندهم – فإنه يناقش بمثل ما نوقش به مذهبهم فـي مسألة تلف كل المبيع قبل القبض بفعل البائع ، سواء من حيث القول بعـدم الانفـساخ وإلـزام المشتري بالمضي فيه ، أم من حيث التسوية في الحكم بين أن يكون المبيع من ضمان البـائع أم المشتري .

٤- أما ما ذهب إليه المالكية – في القول الآخر عندهم – فإنه يتلافى الاعتراض الموجـه إلـى قولهم الأول من حيث التسوية في الحكم بين أن يكون المبيع من ضمان البائع أم المشتري ؛ لأنه غاير في الحكم بينهما – كما تقدم في تفصيل قولهم - . ولكنه يناقش من جهة أخرى على النحو التالي : ما ذكروه من عدم انفساخ البيع ، وإلزام المشتري بالمضي فيه إذا كـان المبيـع مـن ضمانه – يجاب عنه : بأنه مبني على قولهم في مسألة تلف كل المبيع قبل القبض بآفة سـماوية

---

[٢] الآمدي ، الإحكام ، ج٣ ، ص١٧٦ . الزركشي ، محمد بن بهادر ، (ت٧٩٤هـ) . البحر المحيط في أصول الفقه ، ط١ ، تحقيق د. محمد تامر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠م ، ج٤ ، ص٧٨ .

[٣] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٨٨ ، ص٣٨٩ .

بأن من المبيع قبل قبضه ما هو من ضمان المشتري . وهو قول غير مسلم ، كما بان من مناقشته في تلك المسألة ، ومن ثَمّ فلا يصح البناء عليه .

أما ما ذكروه من تخيير المشتري إذا كان المبيع من ضمان البائع فإننا نوافقهم على إثبات الخيار للمشتري ، ولكن لا نرى تقييد حق المشتري في تغريم البائع بما إذا كان الإتلاف وقع منه عمداً، بل نرى شموله كذلك لما إذا كان الإتلاف وقع خطأ ؛ لأن حقوق العباد المالية يستوي في إيجاب الضمان بإتلافها أن يكون الفعل وقع عمداً أم خطأ ، وإن كان له تأثيره في نفي الإثم في حالة الخطأ دون العمد[١] .

مما تقدم ، وبعد استعراض أقوال الفقهاء ، وأدلتهم ، والمناقشة فإنني أختار القول الأول القاضي بعدم انفساخ البيع ، وإثبات الخيار للمشتري : إن شاء فسخ البيع ، وسقط عنه جميع الثمن . وإن شاء أمضاه . وأختار في الإمضاء ما ذهب إليه الشافعية في قول ، والحنابلة من أن المشتري يمضيه بجميع الثمن ، ثم يرجع على البائع بعوض ما أتلف ؛ لما ذكره الشافعية في توجيه هذا القول .

وإذا كان القول المختار في مسألة تلف كل المبيع قبل قبضه بفعل البائع هو عدم انفساخ البيع ، وإثبات الخيار للمشتري بين فسخه وسقوط الثمن عنه ، أو إمضائه وأداء الثمن ، ثم الرجوع على البائع بما أتلفه – فإن الذي يتسق مع هذا كله أن يكون الحكم هنا كذلك ، وإلا عد تناقضاً من القول واختلافاً . ومن ثَمّ فما قيل في تأييد القول المختار في تلك المسألة يقال هنا .

المسألة الرابعة : أثر فوات بعض المبيع قبل القبض بفعل أجنبي

أقوال الفقهاء وأدلتهم

اختلف الفقهاء إذا تلف بعض المبيع قبل قبضه بفعل أجنبي على قولين :

القول الأول : لا ينفسخ البيع ، والمشتري بالخيار : إن شاء فسخ البيع ، فيسقط عنه الثمن ، ويتبع البائع الأجنبي بالقيمة أو بالمثل . وإن شاء أمضاه ، وأدى الثمن ، ويرجع المشتري على

---

[١] البزدوي ، أصول البزدوي ، ج٤ ، ص٥٣٤ . صدر الشريعة ، التنقيح ، ج٢ ، ص٤١٨ .

الأجنبي بالقيمة أو بالمثل . وهذا مذهب الحنفية[١] ، والشافعية[٢] ، والحنابلة[٣] .

وبه أخذ القانون المدني الأردني في المادة (٥٠٢) فقرة (٢) . وأثبت للمشتري الخيار أيضاً في أخذ الباقي بحصته من الثمن وينفسخ البيع فيما تلف .

وجه هذا القول : القياس على ما إذا تلف كل المبيع قبل القبض بفعل الأجنبي : حيث يكون الحكم مثل ما ذكر فكذلك هنا[٤] .

القول الثاني : لا ينفسخ البيع ، ولا خيار للمشتري في فسخه ، وعليه الثمن ، سواء أكان المبيع من ضمان البائع أم المشتري ، ويغرمه الأجنبي لمن كان الضمان منه من بائع أو مشترٍ بالقيمة أو بالمثل . وهذا مذهب المالكية[٥] .

المناقشة والقول المختار

يمكن مناقشة ما ذهب إليه المالكية بمثل ما نوقش به مذهبهم في مسألة تلف كل المبيع قبل القبض بفعل البائع ، سواء من حيث القول بعدم الانفساخ وإلزام المشتري بالمضي فيه ، أم من حيث التسوية في الحكم بين أن يكون المبيع من ضمان البائع أم المشتري .

---

[١] الشيباني ، الأصل ، ج٥ ، ص٢٦٥ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٩١ . ابن عابدين ، رد المحتار، ج٧ ، ص١٠٣ .

[٢] الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص٧٠ . النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٩٢ . ابن المقري ، روض الطالب، ج٤ ، ص٢٠٤ .

[٣] ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٨١ . شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير ، ج٤ ، ص١٢٦ . الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٣ ، ص٥٤٣ . يقيد الحنابلة الحكم المتقدم بما إذا كان المبيع من ضمان البائع . وقياس هذا، أن المبيع الذي يكون من ضمان المشتري إذا أتلف الأجنبي بعضه أن يبقى البيع بحاله دون تخيير للمشتري ، بل يتبع الأجنبي بالقيمة أو بالمثل ؛ لأن المشتري يضمنه بمجرد العقد ، فأشبه ما لو أتلف الأجنبي بعضه بعد القبض .

[٤] الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٩٢ .

[٥] خليل ، مختصر خليل ، ص٢٠٨ . الزرقاني ، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ، ج٥ ، ص٢٩٣ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤ ، ص٢٤٤ .

من هنا ، فإنني أختار القول الأول القاضي بعدم انفساخ البيع ، وإثبات الخيار للمـشتري ؛ لمـا ذكره أصحاب هذا القول من تعليل . يضاف له الأدلة التي استدل بها من يقول بهذا القول فـي مسألة تلف كل المبيع قبل القبض بفعل الأجنبي .

وقد تقدم أن القول المختار في تلك المسألة هو عدم انفساخ البيع ، وإثبات الخيار للمشتري على النحو المذكور هنا . وهذا يحتم أن يكون القول المختار هنا كذلك ؛ مراعاة لتحقيق الانسجام بين الأقوال المختارة ، ودفع التضاد عنها ما أمكن .

كما أن القول المختار هنا يتأيد بمثل ما تأيد به القول المختار في مسألة تلف كـل المبيـع قبـل القبض بفعل البائع .

المطلب الثاني : أثر فوات المبيع بعد القبض

اتفق الفقهاء من : الحنفية[١] ، والمالكية[٢] ، والشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] ، وابن حزم[٥] علـى أن المشتري إذا قبض المبيع فإنه يدخل في ضمانه . فإن تلف المبيع بعد ذلك فلا ينفسخ البيع بتلفه ، وعلى المشتري جميع الثمن . ولا شيء له إن كان التلاف بآفة سماوية ، أو بفعله . فإن كان بفعل البائع أو الأجنبي ضمناه للمشتري . ويستوي في جميع ما تقدم أن يكون التلاف قد أصاب جميـع المبيع أم بعضه .

وجه هذا الاتفاق : أن البيع قد استقر بقبض المشتري للمبيع ، فيستقر عليه الثمن[٦] .

هذا ، ويقيد الحنفية[١] الحكم المتقدم بالنسبة للتلاف الحاصل بفعل البائع بألا يكـون للبـائع حـق استرداد المبيع للحبس لاستيفاء الثمن : وذلك حين يكون المشتري قد قبض المبيـع بإذنـه ، أو بدون إذنه ولكن الثمن منقود أو مؤجل . أما إذا كان للبائع حق الاسترداد : وذلك حـين يكـون

---

[١] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٨٨ ، ص٣٩١ . ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٦ ، ص٢٣ .

[٢] ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ، ج٢ ، ص١٤٩ . ابن جزي ، قوانين الأحكام الشرعية ، ص٢٧٢ .

[٣] الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٥٨ . الشبراملسي ، حاشية الشبراملسي ، ج٤ ، ص٧٩ .

[٤] ابن البنا ، المقنع ، ج٢ ، ص٦٨٠ . التنوخي ، الممتع ، ج٣ ، ص١٣٠ .

[٥] ابن حزم ، علي بن أحمد ، (ت٤٥٦هـ) . مراتب الإجماع ، ط١ ، تحقيق حسن إسبر ، دار ابـن حـزم ، بيروت ، ١٩٩٨م ، ص١٥٢ .

[٦] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٨٨ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٥٨ .

[١] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٨٨ ، ص٣٩١ . ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٦ ، ص٢٣ .

المشتري قد قبض المبيع بغير إذنه ، والثمن حال غير منقود ، فإن البائع إذا أتلفـه – والحالـة هذه– صار مسترداً للمبيع بالإتلاف ، فينفسخ البيع ، ويسقط الثمن إذا كان الإتلاف كلياً . فـإن كان جزئياً ينفسخ البيع في القدر المتلف ، ويسقط عن المشتري حصته من الثمن ، ويصير البائع مسترداً لذلك القدر بالإتلاف ؛ لأن المبيع هنا من ضمان البائع لا المشتري ، فهو كما لو أتلفـه والمبيع في يده : حيث يكون الحكم مثل ما تقدم .

كذلك ، نص الشافعية[٢] على أن المشتري إذا أخذ المبيع بغير إذن البائع ، وكان له حق الحبس، فللبائع استرداده منه . فلو أتلفه البائع في يد المشتري فعندهم قولان :

القول الأول : يعتبر البائع مسترداً للمبيع بالإتلاف . وهو المعتمد ؛ قياساً علـى مـا إذا أتلـف المشتري المبيع قبل قبضه : حيث يعتبر قابضاً له بالإتلاف .

القول الآخر : البيع بحاله ، فلا خيار للمشتري في فسخه ، وعليه الثمن ، وعلى البائع القيمـة ؛ لاستقرار العقد بالقبض .

وأصحاب القول الأول (المعتمد) اختلفوا بعد ذلك على قولين :

القول الأول : للمشتري الخيار بين فسخ البيع أو إمضائه ؛ بناء على أن إتلاف البائع قبل القبض كإتلاف الأجنبي : حيث يجب فيه الخيار .

القول الآخر : ينفسخ البيع ؛ بناء على أن إتلاف البائع قبل القبض كالآفة السماوية : ينفسخ بهـا العقد ، ولا خيار للمشتري .

وقد اختلف علماء الشافعية في القول الراجح من هذين القولين المفرعين على القول المعتمد :

فمنهم من يذكر : أن القول الأول (ثبوت الخيار للمشتري) هو الراجح[٣] .

ومنهم من يذكر : أن القول الآخر (انفساخ البيع) هو الراجح[١] .

---

[٢] الرافعي ، العزيز ، ج٤ ، ص٢٩٠ . ابن المقري ، روض الطالب ، ج٤ ، ص٢٠١ . الأنصاري ، أسـنى المطالب، ج٤ ، ص٢٠١ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٩١ .

[٣] الرافعي ، العزيز ، ج٤ ، ص٢٩٠ . النووي ، روضة الطالبين ، ج٣ ، ص١٦٣ . ابـن المقـري ، روض الطالب، ج٤ ، ص٢٠١ .

[١] الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٤ ، ص٢٠١ . الرملي ، حاشية الرملي ، ج٤ ، ص٢٠١ . الرملي ، نهايـة المحتاج ، ج٤ ، ص٨٢ . الجمل، حاشية الجمل ، ج٤ ، ص٥٢٨ .

المطلب الثالث : أثر فوات المبيع بعد التخلية في مدة يحتاج فيها المبيع إلى البقاء في أصـله وقبل تمام القبض (مسألة وضع الجائحة)

تظهر صورة هذه المسألة فيمن يشتري ثماراً على أصولها ، قد بدا صلاحها ، وخلّى البائع بينها وبين المشتري ، ولكن صلاح الثمار لم يكتمل بعد ، بل تحتاج إلى البقاء في أصلها مدة حتى يتم ذلك . فإذا أصابت الثمار جائحةٌ في تلك المدة التي تحتاج فيها إلى البقاء ، فهـل توضـع عـن المشتري : بأن يسقط عنه ثمنها ، ويكون ضمانها من البائع أم لا ؟ وإذا كانت الجائحة توضـع عن المشتري ، فهل ثمة من شروط لوضعها ؟ وهل يوضع كل ما يجاح أياً كان نوعـه ، وأيـاً كان نوع الجائحة أم لا ؟ هذا ما سنتناوله في الفروع التالية ، ولكن بعـد أن نعـرف بالجائحـة فنقول: يراد بالجائحة : "ما أتلف من معجوز عن دفعه عادة قدراً من ثمر أو نبات بعد بيعه"[٢].

الفرع الأول : وضع الجائحة

اختلف الفقهاء في وضع جائحة الثمار على قولين .

سبب الاختلاف

يمكن رد اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى الأسباب التالية :

١- تعارض الأحاديث في ظاهرها[٣] : فثمة أحاديث تدل على وضع الجائحة . في حـين تـدل أحاديث أخرى – في ظاهرها – على عدم وضع الجائحة . فمن أخذ بالأحاديث الأولـى ، قـال بوضع الجائحة ، وأجاب عن الاستدلال بالأحاديث الأخرى . ومن أخذ بالأحاديث الأخرى ، لـم يقل بوضع الجائحة ، وأجاب عن الاستدلال بالأحاديث الأولـى . وسـيأتي بيـان ذلـك عنـد استعراض الأدلة .

٢- الاختلاف في تصحيح الأحاديث الواردة في وضع الجائحة : كالاختلاف في تصحيح حديث جابر بن عبد الله : "أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر بوضع الجـوائح"[١] . فمـن حكـم بصحته، قال بوضع الجائحة . ومن لم يحكم بصحته ، لم يقل بوضع الجائحة[٢] .

---

[٢] ابن عرفة ، الحدود ، ج٢ ، ص٣٩٢ .

[٣] ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ، ج٢ ، ص١٥٠ .

[١] سيأتي تخريجه . انظر : ص٦٩ . هامش (١) .

٣- الاختلاف في التخلية بين المشتري والثمار هل هي قبض تام هنا أم لا ؟ فمـن رأى أنهـا قبض تام ، لم يقل بوضع الجائحة ؛ لأن تلف الثمار بعد التخلية تلف حاصل بعد تمام القـبض ، فيكون ضمانه من المشتري ، كسائر المبيعات إذا تلفت بعد قبضها . ومن لم ير أنها قبض تام ، قال بوضع الجائحة ؛ لأن تلف الثمار بعدها تلف حادث قبل تمام القبض ، فيكون ضـمانه مـن البائع ، كسائر المبيعات إذا تلفت قبل تمام قبضها .

أقوال الفقهاء

اختلف الفقهاء في وضع جائحة الثمار إذا بيعت منفردة عن أصلها ، لغير مالك أصلها ، بعد بدو صلاحها ، وبعد تخلية البائع بينها وبين المشتري ، وقبل تمام طيبها على قولين :

القول الأول : توضع جائحة الثمار ، فيكون ضمانها من البائع ، ويرد للمشتري من الثمن بقـدر ما تلف إن كان دفعه إليه وإلا سقط عنه ، ثم إن أصابت الجائحة جميع الثمار انفسخ البيـع فـي جميعه ، وإن أصابت بعضه انفسخ في القدر التالف دون الباقي . وقد روي هذا عن : علي[٣] ، وعمر بن عبد العزيز[١] ، ويحيى بن سعيد الأنصاري[٢] ، وأبي عبيد القاسم بن سلام[٣] . وهـو مذهب المالكية[٤] ، والشافعية في القديم[٥] ، والحنابلة[٦] .

---

[٢] يتجه سبب الاختلاف هذا بين القائلين بوضع الجائحة وبين الإمام الشافعي على وجه الخصوص دون سـائر من لا يقول بوضع الجائحة ؛ لأن الإمام الشافعي وحده القائل بعدم صحة حديث جابر بن عبد ا . أما الحنفية ، وابن حزم القائلون بعدم وضع الجائحة ، فإنهم يرون صحة هذا الحديث ، ولكنهم يتأولونه على غير ما يدل عليه ظاهره . انظر : الطحاوي ، شرح معاني الآثار ، ج٤ ، ص٣٥ . ابن حزم ، علي بن أحمد ، (ت٤٥٦هـ ـ) . المحلى بالآثار ، تحقيق د. عبد الغفار البنداري ، دار الفكر ، بيروت ، ج٧ ، ص٢٧٩ ، ص٢٨٠ .

[٣] عبد الرزاق ، المصنف ، كتاب البيوع ، باب الجائحة ، رقم (١٥٢٣٤) ، ج٨ ، ص٢٠٤ .

[١] مالك ، الموطأ ، كتاب البيوع ، باب الجائحة في بيع الثمار والزرع ، رقم (١٦) ، ج٢ ، ص٦٢١ . البغوي ، شرح السنة ، ج٤ ، ص٢٧٣ .

[٢] أبو داود ، سنن أبي داود ، كتاب الإجارة ، باب في تفسير الجائحة ، رقم (٣٤٧٢) ، ص٥٠٢ . ابن قدامة ، المغني، ج٤ ، ص٧٧ .

[٣] الخطابي ، معالم السنن ، ج٣ ، ص٧٤ . القرطبي ، المفهم ، ج٤ ، ص٤٢٤ .

[٤] ابن أبي زيد القيرواني ، الرسالة الفقهية ، ص٢٢١ – ص٢٢٢ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢١٢ . الآبي ، جواهر الإكليل ، ج٢ ، ص٩٣ .

[٥] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٥ ، ص٢٠٥ . الرملي ، نهاية المحتاج ، ج٤ ، ص١٥٤ .

القول الثاني : لا توضع جائحة الثمار ، فضمانها من المشتري ، وعليه جميع الـثمن ، والبيـع بحاله . وهو مروي عن : سفيان الثوري[٧] ، والليث بن سعد[٨] . وهـو مـذهب الحنفيـة[٩] ، والشافعية في الجديد[١٠] ، وابن حزم[١١] .

الأدلة

أدلة الفريق الأول

استدل أصحاب القول الأول لما ذهبوا إليه بالأدلة التالية :

١- حديث جابر بن عبد ا – رضي ا عنه – قال : قال رسول ا - صلى ا عليه وسلم -: "لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة ، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً ، بم تأخذ مـال أخيـك بغير حق؟!"[١٢] .

وجه الدلالة : يدل الحديث بمنطوقه على أن من باع لآخر ثمراً فأصابته جائحة ، فلا يحل له أن يأخذ منه شيئاً . ونفي الحل يفيد الحرمة ، فيدل على حرمة أخذ ثمن ما تلف ، ووجوب وضـع الجائحة ، ولهذا أنكر النبي – صلى ا عليه وسلم – على البائع أخذ الثمن ، وعده أخذاً بغيـر حق .

٢- حديث جابر بن عبد ا – رضي ا عنه - : "أن النبي – صلى ا عليه وسـلم – أمـر بوضع الجوائح"[١] .

---

[٦] الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص١٣١ . البهوتي ، كشاف القناع ، ج٣ ، ص٣٣٢ – ص٣٣٣ . ابـن قائـد ، حاشية المنتهى ، ج٢ ، ص٣٧٨.

[٧] عبد الرزاق ، المصنف ، كتاب البيوع ، باب الجائحة ، رقم (١٥٢٣٥) ، ج٨ ، ص٢٠٤ . ابن عبد البـر ، الاستذكار ، ج٧ ، ص١٠٦ .

[٨] ابن بطال ، شرح صحيح البخاري ، ج٦ ، ص٣٢٠ . النووي ، شرح صحيح مسلم ، ج١٠ ، ص١٦٧ .

[٩] الشيباني ، الحجة ، ج٢ ، ص٥٥٦ . الطحاوي ، مختصر الطحاوي ، ص٧٨ . المنبجي ، اللبـاب ، ج٢ ، ص٥٢٦ .

[١٠] الشافعي ، الأم ، ج٣ ، ص٣٨٩ . الماوردي ، الحـاوي الكبيـر ، ج٥ ، ص ٢٠٥ . النـووي ، منهـاج الطالبين، ج٢ ، ص١٢٤ – ص١٢٥ .

[١١] ابن حزم ، المحلى ، ج٧ ، ص٢٧١ – ص٢٧٢ .

[١٢] رواه مسلم ، كتاب المساقاة ، باب وضع الجوائح ، رقم (٣٩٧٦) ، ص٧٤٩ .

[١] رواه مسلم ، كتاب المساقاة ، باب وضع الجوائح ، رقم (٣٩٨١) ، ص٧٥٠ .

وجه الدلالة : يدل الحديث بمنطوقه على أمر النبي – صلى ا عليه وسلم – بوضع الجـوائح . والأمر للوجوب .

والنصان المتقدمان – كما ترى – نصان صحيحان صريحان في وضع الجائحة[٢] ، فلا يجوز العدول عنهما .

٣- القياس على المنافع في الإجارة : فإن المنافع في الإجارة تستوفى شيئاً فشيئاً . وكذلك الحال في الثمار : فإنها تؤخذ شيئاً فشيئاً . ثم إن المنافع إذا تلفت قبل مضي مدة الإجارة كانـت مـن ضمان المؤجر فكذلك الثمار[٣] .

٤- ولأن التخلية هنا بين المشتري والثمار ليست قبضاً تاماً . ويؤيد ذلك أمور :

أ- لو تلفت الثمار بعطش لكانت من ضمان البائع ، ولو كانت مقبوضة قبضاً تامـاً لمـا بقـي ضمانها على بائعها[٤] .

ب- إن البائع لا يملك مطالبة المشتري بقطعها ، ولو كانت مقبوضة قبضاً تاماً لملك ذلك[5].

جـ- إن علُقة البائع بالثمار لم تنقطع بعد : فإن عليه سقيها ، وتعاهدها حتى ينتهي طيبها ، فدل على أنها لم تقبض قبضاً تاماً بعد[٦] .

وتأسيسا على هذا ، فإن الثمار إذا تلفت بجائحة كان تلفها قبل تمام قبضها ، فيكون ضمانها مـن البائع ؛ قياساً على سائر المبيعات إذا تلفت قبل قبضها : حيث يكون ضمانها من البائع فكـذلك هنا[١] .

أدلة الفريق الثاني

استدل أصحاب القول الثاني لما ذهبوا إليه بالأدلة التالية :

---

[٢] ابن تيمية ، مجموعة الفتاوى ، ج٣٠ ، ص١٤٧ . ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين ، ج٢ ، ص٢٥٧ .

[٣] القاضي عبد الوهاب ، المعونة ، ج٢ ، ص٤٩ . العكبري ، رؤوس المسائل الخلافية ، ج٢ ، ص ٧١٠ .

[٤] القاضي عبد الوهاب ، المعونة ، ج٢ ، ص٤٩ . ابن مفلح ، الفروع ، ج٦ ، ص٢٠٩ .

[5] القاضي عبد الوهاب ، المعونة ، ج٢ ، ص٤٩ . القاضي عبد الوهاب ، الإشراف ، ج٢ ، ص٥٤٧ .

[٦] ابن تيمية ، مجموعة الفتاوى ، ج٣٠ ، ص١٥٠ . ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين ، ج٢ ، ص٢٥٧ .

[١] العكبري ، رؤوس المسائل الخلافية ، ج٢ ، ص٧١٠ .

١- حديث أبي سعيد الخدري – رضي ا عنه – قال : "أصيب رجل فـي عهـد رسـول ا - صلى ا عليه وسلم – في ثمار ابتاعها ، فكثر دينه . فقال رسـول ا - صـلى ا عليـه وسلم- : "تصدقوا عليه" . فتصدق الناس عليه ، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه . فقال رسول ا - صلى ا عليه وسلم – لغرمائه : "خذوا ما وجدتم ، وليس لكم إلا ذلك" "[٢] .

وجه الدلالة : أن النبي – صلى ا عليه وسلم – لم يأمر بوضع الجائحة : حيث لم يسقط ديـن الغرماء بذهاب الثمار[٣] ، بل جعل لهم ما وجدوا ، وأمر بالتصدق عليه ، ولو كانـت الجائحـة موضوعة لما كان لهذا معنى[٤] .

٢- حديث عمرة بنت عبد الرحمن قالت : "ابتاع رجل ثمر حائط في زمان رسول ا – صـلى ا عليه وسلم - . فعالجه ، وقام فيه حتى تبين له النقصان . فسأل رب الحائط أن يضع له ، أو أن يقيله ، فحلف أن لا يفعل . فذهبت أم المشتري إلى رسول ا – صلى ا عليه وسـلم - ، فذكرت ذلك له . فقال رسول ا - صلى ا عليه وسلم - : "تألى أن لا يفعل خيراً" . فـسمع ذلك رب الحائط ، فأتى رسول ا - صلى ا عليه وسلم – فقال : يا رسول ا ، هو له"[٥] .

وجه الدلالة من وجهين :

"أحدهما : أن النبي - صلى ا عليه وسلم - أخرج الحط عن المشتري مخرج الخير والفضل ، لا مخرج الوجوب والحتم .

---

[٢] رواه مسلم ، كتاب المساقاة ، باب استحباب الوضع من الدين ، رقم (٣٩٨٣) ، ص٧٥٠ .

[٣] الطحاوي ، شرح معاني الآثار ، ج٤ ، ص٣٦ . المنبجي ، اللباب ، ج٢ ، ص٥٢٦ .

[٤] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٥ ، ص٢٠٧ . الإشبيلي ، مختصر خلافيات البيهقي ، ج٣ ، ص٣١٤ .

[٥] رواه البخاري ، كتاب الصلح ، باب هل يشير الإمام بالصلح ، رقم (٢٧٠٥) ، ص٤٤٢ . ومـسلم ، كتـاب المساقاة ، باب استحباب الوضع من الدين ، رقم (٣٩٨٥) ، ص٧٥٠ – ص٧٥١ . ومالك ، كتاب البيوع ، باب الجائحة في بيع الثمار والزرع ، رقم (١٥) ، ج٢ ، ص٦٢١ . واللفظ له . وقوله - صلى ا عليه وسـلم - : "تألى" بالهمز وشد اللام أي : حلف . انظر : الزرقاني ، شرح الزرقاني على موطأ مالك ، ج٣ ، ص٣٦٤ .

والثاني : أنه لم يجبر البائع على الحط عن المشتري ، حتى بلغ البائع ذلك ، فتطوع بحطه عنه، ولو كان واجباً لأجبره عليه"[١] .

٣- ولأن التخلية بين المشتري والثمار قبض تام ؛ بدليل أن المشتري يملك التصرف فيها بالبيع. فتلف الثمار بعد ذلك تلف حاصل بعد تمام القبض ، فيكون ضمانها من المشتري ؛ قياساً على سائر المبيعات المقبوضة إذا تلفت : حيث يكون ضمانها من المشتري فكذلك هنا[٢] .

المناقشة والقول المختار

مناقشة أدلة الفريق الأول

ناقش أصحاب القول الثاني أدلة الفريق الأول على النحو التالي :

أولاً : أما الاستدلال بحديثي جابر بن عبد ا - رضي ا عنه - فقد أجابوا عنه بما يلي :

أ- تضعيف حديث جابر الثاني : فقد روى الشافعي الحديث عن سفيان بن عيينه ، عن حميد بن قيس ، عن سليمان بن عتيق ، عن جابر بن عبد ا : "أن رسول ا - صلى ا عليه وسلم - نهى عن بيع السنين . وأمر بوضع الجوائح"[٣] .

ثم ذكر الشافعي بعد روايته للحديث أنه سمع سفيان يحدث بهذا الحديث كثيراً ولا يـذكر فيـه : "وأمر بوضع الجوائح" ، ثم ذكره بعد ذلك .

ونقل الشافعي عن سفيان تعليل ذلك : بأن حميداً كان يقول كلاماً بعد ذكره النهـي عـن بيـع السنين، وقبل ذكره الأمر بوضع الجوائح ، ولم يكن سفيان يحفظه . فكان يكف عن ذكر الأمر

بوضع الجوائح ؛ لأنه لا يدري كيف كان هذا الكلام[١] .

---

[١] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٥ ، ص٢٠٧ .

[٢] الطحاوي ، شرح معاني الآثار ، ج٤ ، ص٣٥ ، ص٣٦ . الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٥ ، ص٢٠٧ .

[٣] الشافعي ، مسند الإمام الشافعي ، كتاب البيوع ، ص١٤٥ . ورواه البيهقي بنفس اللفظ في السنن الـصغير ، كتاب البيوع ، باب في وضع الجائحة ، رقم (١٨٩٩) ، ج٢ ، ص٢٥٣ . وفرقه مسلم : فروى النهي عن بيـع السنين في كتاب البيوع ، باب كراء الأرض ، رقم (٣٩٣٠)، ص٧٤٢ . وروى الأمر بوضع الجوائح في كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح ، رقم (٣٩٨١) ، ص٧٥٠ .

[١] الشافعي ، الأم ، ج٣ ، ص٣٨٨ .

ثم بين الشافعي أنه يجوز أن يكون في هذا الكلام ما يدل على أن الأمر بوضع الجوائح من باب الحض على الخير لا الحتم ، ويجوز غير ذلك . فلما احتمل الحديث المعنيين معاً ، ولم يكن فيه دلالة على الأولى منهما ، لم يجز أن نحكم على الناس بوضع الجوائح بلا خبر عـن النبـي – صلى ا عليه وسلم – يثبت بوضعه[٢] .

ويجاب عنه: بأن الأحاديث المثبتة لوضع الجائحة أحاديث صحيحة ، كما بان من تخريجها .

ب- حمل حديثي جابر – رضي ا عنه – على الندب لا على الوجوب ؛ بدليل حديث عمـرة بنت عبد الرحمن[٣] السابق ، وقد تقدم توجيهه بما يدل على الندب إلى وضع الجائحة لا وجوبه.

ويجاب عنه بما يلي :

١- حمل الأمر بوضع الجائحة على الندب يتنافى مع قول النبي – صلى ا عليه وسلم – فـي حديث جابر الأول : "فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً ، بم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟!" .

"فإنه صريح في وجوب الوضع لا في استحبابه"[٤] : ذلك أن نفي حل أخذ الثمن يدل على حرمته ووجوب وضعه عن المشتري ، ولهذا أنكر النبي - صلى ا عليه وسلم - على البـائع أخـذ الثمن ، وعده أخذاً بغير حق .

٢- أما الاستدلال بحديث عمرة بنت عبد الرحمن ؛ لتأييد الحمل على الندب ، فستأتي مناقـشته حين الحديث عن مناقشة أدلة الفريق الثاني .

٣- الأمر للوجوب ، ولم يأت – بناء على ما تقدم – ما يصرفه عن ذلك .

جـ- حمل حديثي جابر – رضي ا عنه – على ما قبل التخلية : فإذا أصابت الجائحة الثمـار قبل تخلية البائع بينها وبين المشتري فإنها توضع[٥] ؛ ذلك أن النبي – صلى ا عليه وسـلم – ذكر - في حديث جابر الأول - البيع ، ولم يذكر فيه القبض ، فدل على أنه في البياعات التـي تصاب قبل قبض المشتري لها ، فلا يحل للبائع حينئذ أخذ ثمنها[١] .

---

[٢] المصدر نفسه ، ج٣ ، ص٣٨٩ .

[٣] الجصاص ، مختصر اختلاف العلماء ، ج٣ ، ص١٠١ . الأنصاري ، فتح الوهاب ، ج١ ، ص٣١٢ .

[٤] الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج٥ ، ص٣٣٥ .

[٥] المنبجي ، اللباب ، ج٢ ، ص٥٢٧ . البجيرمي ، حاشية البجيرمي على المنهج ، ج٢ ، ص٣٠٨ .

[١] الطحاوي ، شرح معاني الآثار ، ج٤ ، ص٣٥ . الجصاص ، مختصر اختلاف العلماء ، ج٣ ، ص١٠١ .

ويجاب عنه : بأن حديثي جابر – رضي ا عنه – أطلقا الأمر بوضع الجائحة ، ولـم يقيـداه بتخلية ولا عدمها[٢] .

د- حمل حديثي جابر – رضي ا عنه – على ما قبل بدو الصلاح : فإذا بيعت الثمار قبل بدو صلاحها ، ثم أصابتها جائحة فإنها توضع ؛ بدليل ما ورد في بعض الروايات من تقييد وضـع الجائحة بما بيع قبل بدو الصلاح : كما في حديث أنس بن مالـك – رضـي ا عنـه - : "أن رسول ا - صلى ا عليه وسلم - نهى عن بيع الثمار حتى تُزهى . فقيل له : وما تُزهـى ؟ قال: حتى تحمر . فقال رسول ا – صلى ا عليه وسلم - : أرأيت إذا منع ا الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟!"[٣] .فيحمل مطلق ما جاء في حديثي جابر على ما قيد به في حديث أنس[٤] .

ويجاب عنه بما يلي :

١- إن النبي – صلى ا عليه وسلم – قال – في حديث جابر الأول -:"لو بعت من أخيك ...". وإذا أطلق البيع فإنه ينصرف إلى البيع الصحيح لا الفاسد[٥] (وهو ما بيع بعد بـدو الـصلاح لا قبله) . ولو كان المراد هنا ما بيع قبل بدو صلاحه ، لنهى النبي – صلى ا عليه وسلم – عنه ، ولبين فساده ، ولما عدل في إبطاله إلى أمر خارج عنه وهو الجائحة[٦] .

٢- إن النص على وضع الجائحة فيما بيع قبل بدو الصلاح لا ينافي وضعها فيما بيع بعـده[٧] ؛ لأن كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب في فاسده وما لا فلا[٨] .

٣- إن سياق حديث أنس – رضي ا عنه – يبطل هذا التقييد ؛ لأن النبي – صـلى ا عليـه وسلم – علل حرمة أخذ الثمن من المشتري بإصابة الجائحة لا بغير ذلك[١] .

---

[٢] ابن قيم الجوزية ، شرح سنن أبي داود ، ج٩ ، ص٣٦٣ .

[٣] رواه البخاري ، كتاب البيوع ، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو مـن البـائع ، رقم (٢١٩٨) ، ص٣٥٠ . واللفظ له . ومسلم ، كتاب المساقاة ، بـاب وضـع الجـوائح ، رقـم (٣٩٧٩) ، ص٧٥٠.

[٤] ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج٥ ، ص١٤٥ . ابن حزم ، المحلى ، ج٧ ، ص٢٨٠ – ص٢٨١ .

[٥] ابن تيمية ، مجموعة الفتاوى ، ج٣٠ ، ص١٤٩ .

[٦] القرطبي ، المفهم ، ج٤ ، ص٤٢٥ .

[٧] الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج٥ ، ص٢٦٠ .

[٨] ابن تيمية ، مجموعة الفتاوى ، ج٣٠ ، ص١٥٠ .

[١] ابن قيم الجوزية ، شرح سنن أبي داود ، ج٩ ، ص٣٦٤ .

هـ- حمل حديث جابر – رضي ا عنه – الثاني على جوائح الأرض الخراجية : فإذا أصابت الجائحة ثمار أرض خراجية فإنه يجب وضع الخراج عن صاحبها ؛ لأن في ذلك صلاحاً للمسلمين ، وتقوية لهم في عمارة أراضيهم[٢] .

ويجاب عنه بما يلي :

١- إن نص حديث جابر – رضي ا عنه – الأول يرده ويجعله تأويلاً متكلفاً ؛ إذ جاء في أوله: "لو بعت من أخيك ثمراً ..." . فهو يتحدث عن الجوائح التي تصيب الثمار المبيعة ، لا جوائح الأرض الخراجية .

٢- ومما يدل على تكلف هذا التأويل وبعده أنه لم يكن يومئذ أراض خراجية[٣] .

و- حمل حديثي جابر – رضي ا عنه – على وضع الجوائح في بيع السنين[٤] : فإذا أصابت الجائحة ما بيع من الثمر سنين فإنها توضع ؛ لأن الأمر بوضع الجائحة قد ورد في بعض الروايات مقترناً بالنهي عن بيع السنين[٥] : كما في حديث جابر بن عبد ا - رضي ا عنه-: " أن رسول ا – صلى ا عليه وسلم – نهى عن بيع السنين . وأمر بوضع الجوائح"[٦] .

ويجاب عنه : بمثل ما أجيب به عن حمل حديثي جابر على ما قبل بدو الصلاح؛ بجامع أن الأمر بوضع الجوائح قد حمل في كل منهما على بيع فاسد .

ز- حمل حديث جابر – رضي ا عنه – الثاني على وضع الجوائح عن البائع دون المشتري ؛ لأن النص يحتمل الأمرين ، فليس حمله على أحدهما بأولى من الآخر[٧] .

ويجاب عنه بما يلي :

---

[٢] الطحاوي ، شرح معاني الآثار ، ج٤ ، ص٣٥ . المنبجي ، اللباب ، ج٢ ، ص٥٢٧ .

[٣] ابن قيم الجوزية ، شرح سنن أبي داود ، ج٩ ، ص٣٦٣ .

[٤] بيع السنين : "هو أن يبيع الرجل ما تثمره النخلة أو النخلات بأعيانها سنين ثلاثاً ، أو أربعاً ، أو أكثر منها . وهذا غرر ؛ لأنه يبيع شيئاً غير موجود ولا مخلوق حال العقد ، ولا يدري هل يكون ذلك أم لا ؟ وهل يتم النخل أم لا ؟" . انظر : الخطابي ، معالم السنن ، ج٣ ، ص٧٣ .

[٥] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٥ ، ص٢٠٨ . ابن حزم ، المحلى ، ج٧ ، ص٢٨٠ – ص٢٨١ .

[٦] سبق تخريجه . انظر : ص٧١، هامش (٣) .

[٧] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٥ ، ص٢٠٨ .

١- إن نص حديث جابر – رضي ا عنه – الأول يرده ويجعله تأويلاً متكلفاً ؛ فظاهر الحديث أنه خطاب من النبي – صلى ا عليه وسلم – إلى البائع ، ينكر عليه أخذ شيء من المـشتري متى أصابت الثمار جائحةٌ .

٢- إن التعبير في حديث جابر - رضي ا عنه - الثاني بلفظ الوضع يشعر بأن شيئاً ما كـان ثابتاً على أحد العاقدين يجب إسقاطه ، وهذا يتصور في جانب المشتري دون البائع : بأن يسقط عنه الثمن ، وإلا فما الذي يسقط عن البائع ؟!

ثانياً : أما القياس على الإجارة فقد أجابوا عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ فالمنافع فـي الإجـارة غير موجودة كلها في الحال ، وإنما تحدث بتجدد الأيام ، ولا يقدر المستأجر على قبضها كلها ، فما تلف منها قبل مضي مدة الإيجار يكون من ضمان المؤجر . وهذا بخلاف الثمـار : فإنهـا موجودة كلها في الحال ، والمشتري قادر على قطعها والتصرف فيها ، فما تلف منها فهو مـن ضمانه[١] .

ويجاب عنه : بأن في قطع الثمار قبل تمام طيبها وصلاحها ضرراً بالمشتري ؛ لأنها حينئذ أقل قيمة وطيباً ، ولهذا احتاجت إلى البقاء في أصلها ؛ ليتم طيبها ، فكأنها غير موجودة حكماً ، وإن وجدت حساً .

مناقشة أدلة الفريق الثاني

يمكن مناقشة ما استدل به أصحاب القول الثاني على النحو التالي :

١- أما الاستدلال بحديث أبي سعيد الخدري - رضي ا عنه - فيجاب عنه :

أ- إن هذا الحديث قضية عين[٢] ، فلا عموم له .

ب- ليس في الحديث أن المشتري أصيب في الثمار بجائحة[٣] ، فيحتمل أنه أصيب فيها

بانخفاض سعرها[١] .

---

[١] الشافعي ، الأم ، ج٣ ، ص٣٩١ . الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٥ ، ص٢٠٩ .

[٢] القاضي عياض ، إكمال المعلِم ، ج٥ ، ص٢٢١ . الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٣ ، ص٥٢١ . يقـصد بقضايا الأعيان : "الوقائع التي ليس فيها سوى مجرد فعله عليه الصلاة والسلام ، أو فعل الذي رتب عليه الحكم، ويحتمل ذلك الفعل وقوعه على وجوه متعددة" . انظر : الحصني ، كتاب القواعد ، ج٣ ، ص٧٨ – ص٧٩ .

[٣] الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج٥ ، ص٢٦٠ .

جـ- لو سلمنا أنه أصيب بجائحة ، فيحتمل أنه أصيب في حال لا توضع فيه الجائحـة : كـأن تصيب الجائحةُ الثمار بعد قطعها[٢] .

د- لو سلمنا أن الجائحة أصابت الثمار في الحال الذي توضع فيـه ، فلـيس فـي الحـديث أن المشتري طلب وضع الجائحة ، وأن النبي – صلى ا عليه وسلم – منع ذلك ؛ لأن الحق فـي ذلك له : إن شاء طلبه . وإن شاء تركه . ولا يتم الاستدلال بهذا الحـديث إلا بإثبـات هـاتين المقدمتين[٣] .

٢- أما الاستدلال بحديث عمرة بنت عبد الرحمن فيجاب عنه :

أ- ليس في الحديث أن النقصان كان بجائحة[٤] ، فلعله كان لخسران في الثمن[٥] .

ب- لو سلمنا أن النقصان كان بجائحة ، فيحتمل أنها كانت في حال لا توضع فيه[٦] .

جـ- غاية ما في الحديث هو قول النبي – صلى ا عليه وسلم - : "تألّى ألا يفعـل خيـراً " . وهذا لا يدل على عدم وجوب وضع الجائحة ؛ لأن الخير قد يكون واجباً ، وقد يكون مستحباً ، فإذا تألّى ألا يفعل الواجب ، فقد تألّى ألا يفعل خيراً[٧] .

د- أما ما جاء في توجيه الحديث من أن وضع الجائحة لو كان واجباً ، لأجبر النبي – صلى ا عليه وسلم – البائع عليه - فيجاب عنه : بأن النبي – صلى ا عليه وسلم – لا يفعله بمجـرد قول المدعي من غير بينة ، أو إقرار البائع[٨] .

٣- أما القياس على سائر المبيعات إذا تلفت بعد قبضها ، وما ورد في تأييـد هـذا القيـاس – فيجاب عنه :

---

(١) ابن تيمية ، مجموعة الفتاوى ، ج٣٠ ، ص١٤٩ . ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين ، ج٢ ، ص٢٥٨ .

(٢) ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ، ج٢ ، ص١٥٠ . المازري ، المعلم بفوائد مسلم ، ج٢ ، ص٢٧٨ .

(٣) ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين ، ج٢ ، ص٢٥٨ .

(٤) القرافي ، الذخيرة ، ج٥ ، ص٢١٣ – ص٢١٤ . ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين ، ج٢ ، ص٢٥٨ .

(٥) ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، ج٢ ، ص٥٣٩ .

(٦) القرافي ، الذخيرة ، ج٥ ، ص٢١٣ – ص٢١٤ . ابن تيمية ، مجموعة الفتاوى ، ج٣٠ ، ص١٤٩ .

(٧) ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٧٨ . ابن تيمية ، مجموعة الفتاوى ، ج٣٠ ، ص١٤٩ .

(٨) المصدران نفسهما .

أ- لا نسلم أن التخلية هنا قبض تام ؛ لما ذكره أصحاب القول الأول من أدلة تؤيد ذلـك . وقـد تقدمت في معرض ذكر أدلتهم .

ب- لا نسلم أن المشتري يملك التصرف في الثمار بالبيع ما دامت مضمونة على البائع ؛ لأنـه بيع ما لم يقبض ، فلا يجوز . ومن ثَم فلا يستقيم بناء هذا القول (التخلية هنا قبض تـام) علـى ذلك الدليل ؛ لعدم التسليم به ابتداء . وهذا بناء على رواية عند الحنابلة تنص على ذلك[1] .

جـ- لو سلمنا أن المشتري يملك التصرف فيها بالبيع ، فإنه لا يلزم من ملك التـصرف تمـام القبض ؛ بدليل المنافع في الإجارة : فإن المستأجر يملك التصرف فيها ، ولو تلفت كانـت مـن ضمان المؤجر فكذلك هنا[2] .

د- القياس على سائر المبيعات المقبوضة إذا تلفت قياس مع الفارق ؛ فتلك المبيعات قد انتهـت علْقة البائع بها ، وقبضها المشتري قبضاً تاماً ، فإن تلفت بعد ذلك كان ضمانها منه . بخـلاف الثمار : فإن علْقة البائع بها لم تنقطع بعد : فإن عليه سقيها ، وتعاهدها حتى ينتهي طيبها ، وهي مستحقة البقاء في أصولها ؛ ليتم ذلك ، ومن ثَم لم يقبضها المشتري القبض التام ، فـلا يكـون ضمانها منه[3] .

مما تقدم ، وبعد استعراض أقوال الفقهاء ، وأدلتهم ، ومناقشتها فإنني أختار القول الأول القاضي بوضع جائحة الثمار؛للأدلة التي ساقها أصحاب هذا القول.ويتأيد ذلك بالنصوص التي تنهى عن أكل أموال الناس بالباطـل مـن مثـل:قولـه تعـالى:" ◆⬧⬧ ✍⬧🕯▫📬↗🖬➔❑☑✂☎
📖❒✌⬂❑◆🕛◎ⓡ⬧▤↗☠ 📪◆❹⬃✡❑▤↗☠
📪⧷❑🕛◆⏳⬂◎ⓡ🕶🕶⧷🕛◆⌛⬂⇨➲"[4]. وقولـــه تعـــالى : "③◆🕛✵🕯❒③⑩♑⏶🕶
✂🕶✏⅄🔔⧷⇦▫⫘↗◆✂✌◆✡⬉❑✂☎ ⬧⬧ ✍⬧🕯▫🗎➔🖬➔❑☑✂☎
📖❒✌⬂❑◆🕛◎ⓡ⬧▤↗☠ 📪◆❹⬃✡❑⏳➔💣 📪⧷🕶🕶◎ⓡ⬂⏳◆🕛➲⧷✍⇨
◑⧷◆☟ 📖❒♌ ✍⬧▤↗❑♍⫘ ✌⧷♑❑🕛❷◆❑🕑 ⬉◆♊ ✍⬧❷◆✂⮛🖫
✌♓⧷☪▤↗☠⬀"[5] .

[1] ابن تيمية ، مجموعة الفتاوى ، ج٣٠ ، ص١٥٠ . الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٣ ، ص٥٢٠ .

[2] الفندلاوي ، تهذيب المسالك ، ج٤ ، ص٣٥١ . ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٧٨ .

[3] القرافي ، الذخيرة ، ج٥ ، ص٢١٤ . ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين ، ج٢ ، ص٢٥٧ .

[4] سورة البقرة ، من آية ١٨٨ .

[5] سورة النساء ، من آية ٢٩ .

جاء في أحكام القرآن للجصاص في تفسير أكل أموال الناس بالباطل : "وقـال ابـن عبـاس ، والحسن : أن يأكله بغير عوض"[٦] .

فالمشتري قدم الثمن ؛ لتسلم له الثمار ، فإذا تلفت كان أخذ البائع للثمن أخذاً بغير عـوض ؛ لأن الثمار لم تسلم إلى المشتري ، فيكون من قبيل أكل أموال الناس بالباطل ، وهو منهي عنه[١] .

وقد نبهت السنة إلى هذا المعنى : كما في حديث جابر بن عبد ا – رضي ا عنه – قال : قال رسول ا – صلى ا عليه وسلم - : "لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة ، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً ، بم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟!"[٢] .

فقد عد النبي – صلى ا عليه وسلم – أخذ البائع الثمن من المشتري أخذاً بغير حق ؛ لأنه أخـذ بدون عوض .

وإذا كانت النصوص ، والتعليلات التي ساقها أصحاب القـول الأول تثبـت أن التخليـة بـين المشتري والثمار ليست قبضاً تاماً ، وأن تلف الثمار- بناء على ذلك - تلف حاصل قبـل تمـام القبض – فإن الذي يتعين اختياره هو القول الأول ؛ تحقيقاً للانسجام بينه وبين القول المختار في مسألة تلف كل المبيع قبل قبضه بآفة سماوية : وهو انفساخ البيع ، وسقوط الثمن عن المشتري ، وإيجاب الضمان على البائع[٣] ، وإلا عد تناقضاً من القول واختلافاً ؛ لأن التلف في كـلٍ مـن المسألتين حاصل قبل تمام القبض . وحينئذ فما قيل في تأييد القول المختار والتدليل عليه هنـاك يقال هنا .

الفرع الثاني : شروط وضع الجائحة

يشترط لوضع الجائحة عند القائلين بوضعها الشروط التالية :

---

[٦] الجصاص ، أحكام القرآن ، ج٣ ، ص١٢٧ .

[١] ابن تيمية ، مجموعة الفتاوى ، ج٣٠ ، ص١٤٤ – ص١٤٥ ، ص١٤٧ .

[٢] سبق تخريجه . انظر : ص ٦٨ ، هامش (١٢) .

[٣] راجع : ص ٤٥ .

الـشرط الأول : أن تباع الثمرة مفردة عن أصلها : فإذا اشترى المشتري الثمـرة وحـدها دون الشجرة ، ثم أصابتها جائحة فإنها توضع . أما لو اشتراها مع الشجرة ، ثم أصابتها جائحة فقـد اختلف القائلون بوضع الجائحة في وضعها على قولين :

القول الأول : لا توضع الجائحة إذا بيعت الثمرة مـع أصـلها . وهـذا مـذهب المالكيـة[١] ، والحنابلة[٢] .

وجه هذا القول : أن القبض التام قد حصل بقبض الأصل ، وانقطعت علْقَة البائع بالمبيع ، ولهذا لا يجب عليه السقي[٣] ، فالتلف حادث بعد تمام القبض ، فيكون ضمانه من المشتري .

القول الثاني : توضع الجائحة إذا بيعت الثمرة مع أصلها إن عظم خطرها وإلا فلا . وهذا قول أصبغ من المالكية[٤] .

والصواب ما ذهب إليه أصحاب القول الأول ؛ لما ذكروه .

أما ما ذهب إليه أصبغ فمن شأنه التسوية في الحكم بين ما تم قبضه وما لا . وهذا ليس سديداً ؛ للفرق القائم بين الحالتين : فما تم قبضه قد استقر ملك المشتري له ، وانقطعت علْقة البائع بـه، فيكون من ضمان المشتري . بخلاف ما لم يتم قبضه : فإن ملك المشتري له لم يـستقر بعـد ، وعلْقة البائع به لم تنقطع ، ولهذا كان ضمانه من البائع . كما أن هذا القول لم يـضع ضـابطاً

---

[١] مالك ، المدونة الكبرى ، ج٣ ، ص٥٨٨ . ابن أبي زيد القيرواني ، النـوادر والزيـادات ، ج٦ ، ص٢٠٩. خليل ، مختصر خليل ، ص٢١٣ .

[٢] أبو البركات ، المحرر ، ج١ ، ص٤٦٤ . البهوتي ، شرح منتهـى الإرادات ، ج٢ ، ص٨٦ . النجـدي ، هداية الراغب ، ص٣٣٧ .

[٣] القرافي ، الذخيرة ، ج٥ ، ص٢٢١ . ابن قدامة ، الكافي ، ج٢ ، ص٤٥ .

[٤] ابن أبي زيد القيرواني ، النوادر والزيادات ، ج٦ ، ص٢١٠ . القفصي ، لباب اللباب ، ص١٨٧ . العدوي ، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ، ج٢ ، ص٢٨٤ . وبهذا تعلم عدم دقة ما ذكرته بعض كتب المالكية من نقل الاتفاق وعدم الاختلاف في هذا الشرط . انظر : ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، ج٢ ، ص٥٣٧. الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٦ ، ص٤٢ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤ ، ص٢٩٦ .

يفصل فيه بين ما يعظم خطره وما لا ، مما يتيح للاختلاف أن يعود من جديد ، وذلك في تقدير القدر المجاح هل هو مما يعظم خطره أم لا ؟

الشرط الثاني : أن تباع الثمرة لغير مالك أصلها : فإذا بيعت الثمرة لمن لا يملك أصلها ، ثم أصابتها جائحة فإنها توضع . أما لو بيعت لمالك أصلها : كما لو اشترى شخص الأصل وحده دون الثمرة ، ثم اشترى بعد ذلك الثمرة ، فأصابتها جائحة – فقد اختلف القائلون بوضع الجائحة في وضعها على قولين :

القول الأول : لا توضع الجائحة إذا بيعت الثمرة لمالك أصلها . وهذا مذهب المالكية في المشهور[١] ، والحنابلة[٢] .

وجه هذا القول : أن القبض التام قد حصل بقبض المالك للأصل ، وانقطعت علقة البائع بالمبيع، ولهذا لا يجب عليه السقي[٣] ، فالتلف حادث بعد تمام القبض ، فيكون ضمانه من المشتري .

القول الثاني : توضع الجائحة إذا بيعت الثمرة لمالك أصلها . وهو رواية عن ابن القاسم من المالكية[٤] .

وجه هذا القول : أن علقة البائع بالمبيع لم تنقطع ؛ إذ يجب عليه السقي[٥] ، فالتلف حادث قبل تمام القبض ، فيكون ضمانه من البائع .

والصواب ما ذهب إليه أصحاب القول الأول ؛ لما ذكروه .

أما ما جاء في تعليل ما روي عن ابن القاسم فغير مسلم : بل نقول : لا يجب على البائع السقي، ومن ثم فإن علقته بالمبيع قد انقطعت ، وقبض المشتري له قبض تام ، فيكون ضمانه منه ؛ كسائر المبيعات المقبوضة إذا تلفت .

---

[١] مالك ، المدونة الكبرى ، ج٣ ، ص٥٨٩ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢١٣ . الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٦ ، ص٤٢ .

[٢] ابن يوسف ، غاية المنتهى ، ج٢ ، ص٦٩ . البهوتي ، كشاف القناع ، ج٣ ، ص٣٣٣ . النجدي ، هداية الراغب ، ص٣٣٧ .

[٣] ابن أبي زيد القيرواني ، النوادر والزيادات ، ج٦ ، ص٢١١ . الرحيباني ، مطالب أولي النهى ، ج٣ ، ص٢٠٤ .

[٤] ابن أبي زيد القيرواني ، النوادر والزيادات ، ج٦ ، ص٢١١ . القرافي ، الذخيرة ، ج٥ ، ص٢٢٢ . المواق، التاج والإكليل ، ج٦ ، ص٤٦٢ .

[٥] القرافي ، الذخيرة ، ج٥ ، ص٢٢٢ . المواق ، التاج والإكليل ، ج٦ ، ص٤٦٢ .

الشرط الثالث : أن تكون الثمرة محتاجة إلى البقاء في أصلها . وحاجتها إلى البقاء على نوعين:

النوع الأول : أن تكون محتاجة إلى البقاء في أصلها لتمام طيبها وصلاحها . فإذا كانت محتاجة إلى ذلك ، ثم أصابتها جائحة فإنها توضع[٦] ؛ لأن للمشتري حقاً على البائع في إبقائهـا لتمـام طيبها وصلاحها ، وعلْقة البائع بها لم تنقطع ؛ إذ يجب عليه سقيها[٧] .

النوع الثاني : أن تكون محتاجة إلى البقاء في أصلها لبقاء رطوبتها ونضارتها بعد تمام طيبهـا وصلاحها .

وهذه الثمرة اختلف المالكية في وضع جائحتها على قولين[١] :

القول الأول : توضع جائحتها . وهو رواية سحنون عن ابن القاسم ، وهو الراجح عند المالكية .

القول الثاني : لا توضع جائحتها . وهو رواية أصبغ عن ابن القاسم .

ومرد الاختلاف بين هذين القولين إلى الاختلاف في تشبيه الثمـرة المبقـاة لحفـظ رطوبتهـا ونضارتها بالثمرة المبقاة لتمام طيبها وصلاحها : فمن رأى أنها تشبه الثمرة المبقاة لتمام طيبهـا وصلاحها ، وأن النضارة مطلوبة بالشراء كما أن الطيب مطلوب ، قال بوضع الجائحة . ومـن رأى أنها لا تشبهها ؛ لأنه تم طيبها وصلاحها ، بخلاف الثمـرة الثانيـة ، لـم يقـل بوضـع الجائحة[٢].

والصواب ما ذهب إليه أصحاب القول الأول ؛ لأن وجوب وضع الجائحة إنما هو فـي الحـال الذي تحتاج فيه الثمرة إلى البقاء في أصلها . وهذا المعنى موجود في الثمـرة المبقـاة لحفـظ رطوبتها ونضارتها ، كما هو الأمر في الثمرة المبقاة لتمام طيبها وصلاحها ، وإن كانت حاجتها إلى البقاء في الأولى أقل من الثانية .

---

[٦] الباجي ، المنتقى ، ج٦ ، ص١٧٤ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢١٣ .

[٧] ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، ج٢ ، ص٥٤٢ – ص٥٤٣ . ميارة الفاسي ، شرح ميـارة الفاسـي ، ج١، ص٤٩٢ .

[١] الباجي ، المنتقى ، ج٦ ، ص١٧٤ – ص١٧٥ . الدردير ، الشرح الكبيـر ، ج٤ ، ص٢٩٦ . الدسـوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤ ، ص٢٩٦، ص٣٠١ .

[٢]الباجي ، المنتقى ، ج٦ ، ص١٧٥ – ص١٧٦ . ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ، ج٢ ، ص١٥٢ .

يؤيد هذا أن السقي واجب على البائع في كلٍ من الثمرتين[٣] ، وهذا يدل على أن علْقَـة البـائع بهما لم تزل قائمة ، وأن القبض لم يتم بعد .

أما الثمرة التي لا تحتاج إلى البقاء في أصلها ، لا لتمام طيبها وصلاحها ، ولا لبقاء رطوبتهـا ونضارتها : كالتمر اليابس – فإن جائحتها لا توضع[٤] ؛ لأن تسليمها قد تم : إذ ليس لهـا فـي أصلها منفعة ينتظر استيفاؤها[5] . كما أن هذه الثمرة غير محتاجة إلـى البقـاء فـي أصـلها ، فإذا أخّر المشتري قطعها حتى أصابتها الجائحة ، فإنه محض تفريط من المشتري ، فلا توضـع عنه[١] .

كذلك ، إذا أخّر المشتري قطع الثمار عن وقت قطعها المعتاد ، ثم أصـيبت بجائحـة فإنهـا لا توضع[٢] ؛ لتفريط المشتري[٣] .

الشرط الرابع : أن تبلغ الجائحة ثلث الثمرة . وهذا الشرط موضع اختلاف بين القائلين بوضـع الجائحة على قولين :

القـول الأول : لا يشترط لوضع الجائحة أن تبلغ الثلث ، بل توضع مطلقاً قليلها وكثيرهـا ، إلا القدر اليسير الذي لا بد من تلفه عادة . وهذا مذهب المالكية في جائحة العطـش سـواء أكـان المجاح : ثمراً ، أم بقولاً ، أم غيره[٤] ، وهو المشهور عندهم في جائحة البقول[٥] ، وهو قـول أشهب من المالكية في جائحة المقاثئ[٦] ، وهو المذهب عند الحنابلة[٧] .

---

[٣] الباجي ، المنتقى ، ج٦ ، ص١٧٦ .
[٤] الباجي ، المنتقى ، ج٦ ، ص١٧٤ . الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٦ ، ص٤٦٢ .
[5] الباجي ، المنتقى ، ج٦ ، ص١٧٤ .

[١] الآبي ، الثمر الداني ، ص٤٤٩ .
[٢] الباجي ، المنتقى ، ج٦ ، ص١٧٦ . التسولي ، البهجة ، ج٢ ، ص٥٦ . المـرداوي ، الإنـصاف ، ج٥ ، ص٦٤ . ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٣٧٨ – ص٣٧٩ .
[٣] ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٧٩ . الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٣ ، ص٥٢٧ .
[٤] خليل ، مختصر خليل ، ص٢١٣ . الدردير ، الـشرح الـصغير ، ج٣ ، ص١٥٣ . الدسـوقي ، حاشـية الدسوقي، ج٤ ، ص٢٩٩ .
[٥] خليل ، مختصر خليل ، ص٢١٣ . ابن عاصم ، تحفة الحكام ، ج٢ ، ص٥٤ . الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٦ ، ص٤٥ .

وجه هذا القول :

١- عموم الأحاديث الواردة في وضع الجائحة – وقد تقدم ذكرها[٨] – : فإنها تدل بعمومها على وجوب وضع الجائحة ، سواء أكان المجاح قليلاً أم كثيراً[٩] .

٢- ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها ، فوجب أن يكون ضمان جميعها من البائع ؛ كسائر المبيعات[١] .

٣- أما وجه استثناء القَدر اليسير الذي لا بد من تلفه عادة ؛ فلأنه لا يمكن التحرز منه ، ولا يؤثر في العادة ، فكأنه مشروط[٢] .

٤- أما وجه ما ذهب إليه المالكية من وضع جائحة العطش مطلقاً ؛ فلأن السقي واجب على البائع ، فكان ضمان جميعها منه ؛ كالمبيع الذي يتعلق به حق توفية[٣] .

٥- أما وجه المشهور عند المالكية في وضع جائحة البقول مطلقاً :

أ- لعسر معرفة ثلث المجاح منها ؛ لأنها تقطع شيئاً فشيئاً ، فلم ينضبط قدر الذاهب منها[٤] ، ومن ثَم وجب وضع جميعها .

ب- ولأن غالب جائحة البقول من العطش[٥] ، وجائحة العطش توضع مطلقاً .

٦- أما وجه ما ذهب إليه أشهب من وضع جائحة المقاثئ مطلقاً ؛ فلأن المقاثئ ليس لها أصل ثابت ، فلم يشترط لوضع جائحتها بلوغ الثلث ؛ كالبقول[٦] .

---

[٦] البناني ، حاشية البناني ، ج٥ ، ص٣٤٩ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤ ، ص٣٠٠ . الصاوي ، بلغة السالك ، ج٣ ، ص١٥٤ . وسيأتي بيان المراد بالبقول ، والمقاثئ في الفرع الثالث (محل وضع الجائحة) .

[٧] المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص٦٢ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص١٣١ . ابن النجار ، منتهى الإرادات، ج٢ ، ص٣٧٨ .

[٨] انظر : ص ٦٨ – ص٦٩ .

[٩] أبو يعلى ، كتاب الروايتين والوجهين ، ج١ ، ص٣٣٦ – ص٣٣٧ . الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٣ ، ص٥٢٤ .

[١] أبو يعلى ، كتاب الروايتين والوجهين ، ج١ ، ص٣٣٧ . ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٧٨ .

[٢] ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٧٩ .

[٣] الآبي ، جواهر الإكليل ، ج٢ ، ص٩٤ . التاودي ، حلى المعاصم ، ج٢ ، ص٥٤ .

[٤] العدوي ، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ، ج٢ ، ص٢٨٥ . الصاوي ، بلغة السالك ، ج٣ ، ص١٥٣ – ص١٥٤ .

[٥] المنوفي ، كفاية الطالب الرباني ، ج٢ ، ص٢٨٥ . التاودي ، حلى المعاصم ، ج٢ ، ص٥٤ .

القول الثاني : يشترط لوضع الجائحة أن تبلغ الثلث . وهذا مذهب المالكية في جائحة الثمار[٧] ، وهو رواية عن مالك في جائحـة البقـول[٨] ، وهـو الأشـهر عنـد المالكيـة فـي جائحـة

المقاثئ[١] ، وهو رواية عند الحنابلة[٢] . والمراد بالثلث : ثلث المقـدار لا ثلـث القيمـة علـى المشهور عند المالكية[٣]، والصحيح عند الحنابلة[٤] .

وجه هذا القول :

١- ما روي أن النبي – صلى ا عليه وسلم – قال : "إذا أصيب ثلث الثمرة ، فقد وجب علـى البائع الوضيعة"[٥].

وجه الدلالة : يدل الحديث بمنطوقه على أنه إذا أصيب ثلث الثمرة ، فإنه يجـب علـى البـائع الوضيعة . فقيد وجوب الوضيعة على البائع ببلوغ الجائحة الثلث ، فيحمل مطلق مـا ورد فـي وجوب وضع الجائحة على ما قيد به هنا[٦] .

٢- ولأنه لا بد من تلف اليسير من الثمار بأكل المجتاز ، والطير ، ونثر الريح . والجائحـة : اسم لما أتلف جلّ الشيء ، أو ما له بال منه دون اليسير . فإذا ثبت ذلك ، فلا بد من حد يفصل

---

[٦] الباجي ، المنتقى ، ج٦ ، ص١٧٨ .

[٧] ابن عسكر ، إرشاد السالك ، ص٨٥ . ابن جزي ، قوانين الأحكام الشرعية ، ص٢٨٨ . خليل ، مختـصر خليل ، ص٢١٣ .

[٨] مالك ، المدونة الكبرى ، ج٣ ، ص٥٨٧ . ابن عبد البر ، الكافي ، ص٣٣٤ . ابن رشـد الحفيـد ، بدايـة المجتهد ، ج٢ ، ص١٥١ .

[١] القرافي ، الذخيرة ، ج٥ ، ص٢١٧ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢١٣ . البناني ، حاشية البنـاني ، ج٥ ، ص٣٤٩ .

[٢] أبو يعلى ، الجامع الصغير ، ص١٣٤ . الكلوذاني ، الهداية ، ص١٤١ . الـسامري ، المـستوعب ، ج٢ ، ص١١٢ .

[٣] خليل ، مختصر خليل ، ص٢١٣ . الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٦ ، ص٤١ .

[٤] المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص٦٣ . المرداوي ، تصحيح الفروع ، ج٦ ، ص٢٠٩ .

[٥] لم أقف – في حدود ما اطلعت – على من رواه في كتب الأحاديث . قال أبو داود : "لم يصح عن النبـي – صلى ا عليه وسلم – في الثلث شيء" . انظر : أبو داود ، كتاب البيوع ، باب في بيع السنين ، ص٤٩٠ .

[٦] النفراوي ، الفواكه الدواني ، ج٢ ، ص٢١٣ .

بين اليسير الذي لا توضع جائحته ، وبين الكثير الذي توضع جائحته . والثلث يصلح حداً فـي ذلك ؛ لأن الشارع الحكيم قد اعتبره في الفصل بين القلة والكثرة في أكثر من موضع كما في : الوصية ، وعطايا المريض فكذلك هنا[٧] .

٣- أما وجه ما روي عن مالك من اشتراط الثلث لوضع جائحة البقول ؛ فلأن البقـول توضـع جائحتها ، فاشترط لوضعها بلوغها الثلث ؛ كالثمار[٨] .

٤- أما وجه الأشهر عند المالكية في اشتراط الثلث لوضع جائحة المقاثئ ؛ فلأن المقصود من بيع المقاثئ هو ثمرتها ، فوجب أن يكون حكمها حكم الثمار في اشتراط الثلث[١] .

هذا ، ويمكن مناقشة ما استدل به أصحاب القول الثاني على النحو التالي :

١- أما الاستدلال بالحديث فيجاب عنه : بأنه حديث غير صحيح ، كما بان من تخريجه ، فـلا يقوى على تقييد مطلق ما ورد في وجوب وضع الجائحة .

٢- أما القياس على المواضع التي اعتبر فيها الشارع الحكيم الثلث فـي الفـصل بـين القلـة والكثرة– فيجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ فالبيع من عقود المعاوضات المحـضة ، والتـي مبناها على المشاحة . وهذا بخلاف الوصية ، وعطايا المريض : فإنها من عقـود التبرعـات ، والتي مبناها على المسامحة فافترقا .

والفصل بين اليسير الذي لا توضع جائحته ، وبين الكثير الذي توضع جائحته ممكن بغير الثلث، وذلك بالرجوع إلى العادة – كما ذكر أصحاب القول الأول - : فما لا بد من تلفه عادة فإنـه لا يوضع ؛ لعسر التحرز عنه ، وما زاد عن ذلك فإنه يوضع .

٣- أما القياس على الثمار الوارد في توجيه ما روي عن مالك من اشتراط الثلث لوضع جائحة البقول ، وكذا في توجيه الأشهر عند المالكية في اشتراط الثلث لوضع جائحة المقاثئ – فيجـاب عنه : بأنه قياس غير صحيح ؛ إذ لا نسلم اشتراط الثلث لوضع جائحـة الثمـار ، بـل نقـول بوضعها مطلقاً ، ومن ثَم لا يصح القياس ؛ لعدم الاتفاق على حكم الأصل .

---

[٧] القاضي عبد الوهاب ، المعونة ، ج٢ ، ص٤٩ . ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٧٨ .

[٨] الباجي ، المنتقى ، ج٦ ، ص١٧٧ . ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، ج٢ ، ص٥٤٢ .

[١] الباجي ، المنتقى ، ج٦ ، ص١٧٨ .

من هنا ، فإنني أختار ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من أنه لا يـشترط لوضـع الجائحـة بلوغها الثلث ، بل يوضع قليلها وكثيرها ، إلا القدر اليسير الذي لا بد من تلفه عادة . وسواء في ذلك أكان المجاح من : الثمار ، أم البقول ، أم المقاثئ ؛ لما ذكره أصحاب هذا القول من أدلة . ويتأيد ذلك بأن الأدلة المثبتة لوضع الجائحة سواء أكانت : نصوصاً ، أم أقيسة ، أم تعليلات تعم القليل والكثير ، وليس فيها ما يشعر باختصاص وضع الجائحة بالثلث فصاعداً .

والقول بوضع الجائحة إذا بلغت الثلث ، وعدم وضعها فيما دون ذلك ، كأنه يمنع البائع من أكل مال المشتري بغير حق إذا بلغت الجائحة الثلث فصاعداً ، ويجيز له ذلك فيما دون الثلث . وهذا تناقض ظاهر !

الفرع الثالث : محل وضع الجائحة

المجاح إما أن يكون من : الثمار ، أو البقول ، أو المقاثئ ، أو الزرع .

والمثبتون لوضع الجائحة لا يقولون بوضعها في كل ما يجاح : بل منه ما توضع جائحته ، ومنه ما لا توضع ، على اختلاف بينهم في ذلك . وفيما يلي بيانه :

١- **جائحة الثمـار :** اتفق القائلون بوضع الجائحة[1] على وضع جائحة الثمار : كثمر النخـل ، والعنب ، والرمان وغيرها من الثمار ؛ للأدلة المثبتة لوجوب وضع الجائحة ، وقد تقدم ذكرهـا بما يغني عن إعادتها[2] .

٢- جائحة البقـول : البقول : "عبارة عما لا تطول مدته في الأرض : كالبـصل ، والخـس ، والجزر ، والسلق ، والكزبرة"[3] .

اختلف القائلون بوضع الجائحة في وضع جائحة البقول على قولين :

القول الأول : توضع جائحة البقول . وهذا مذهب المالكية في المـشهور[4] ، والـصحيح عنـد الحنابلة[5] .

---

[1] ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهـد ، ج٢ ، ص١٥١ . خليـل ، مختـصر خليـل ، ص٢١٢ . الـسامري ، المستوعب ، ج٢ ، ص١١٢ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص١٣١ .

[2] انظر : ص ٦٨ وما بعدها .

[3] العدوي ، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ، ج٢ ، ص٢٨٥ .

وجه هذا القول : أن البقول محتاجة إلى البقاء في أصلها ؛ لحفظ نضارتها ورطوبتها ، فيجـب وضع الجائحة فيها ؛ كالثمرة المبقاة لتمام طيبها وصلاحها ، ولهذا يجب على البائع السقي فـي كل منهما[٦] .

القول الثاني : لا توضع جائحة البقول . وهذا رواية عن مالك[١] ، وقول عند الحنابلة[٢] .

وجه هذا القول :

١- إن البقول تباع بعد إمكان قطعها والانتفاع بها ، فلا توضع جائحتها ؛ كالثمرة المباعة بعـد يبسها[٣] .

٢- القياس على العروض[٤] : فإنها لو تلفت لكانت من ضمان المشتري فكذلك هنا .

٣- ولأن البقول غير محتاجة إلى البقاء في أصلها[٥] ، فلا توضع جائحتها .

هذا ، ويمكن مناقشة ما استدل به أصحاب القول الثاني على النحو التالي :

١- أما القياس على الثمرة المباعة بعد يبسها فيجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن الثمـرة اليابسة غير محتاجة إلى البقاء في أصلها ، لا لتمام طيبها وصـلاحها ، ولا لبقـاء رطوبتهـا ونضارتها ، فليس لها في أصلها منفعة ينتظر استيفاؤها ، فإذا أصابتها جائحة فإنها لا توضـع ؛ لأن تسليمها قد تم . وهذا بخلاف البقول : فإنها وإن تم طيبها وصلاحها ، إلا أنها محتاجة إلـى

---

[٤] ابن جزي ، قوانين الأحكام الشرعية ، ص٢٨٨ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢١٣ . ابن عاصـم ، تحفـة الحكام ، ج٢ ، ص٥٤ .

[٥] الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٣ ، ص٥٢٨ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص٦٣ . المرداوي ، التنقيح المشبع ، ص١٣٨ .

[٦] الباجي ، المنتقى ، ج٦ ، ص١٧٤ – ص١٧٦ . ابن رشـد الحفيـد ، بدايـة المجتهـد ، ج٢ ، ص١٥١ ، ص١٥٢.

[١] ابن عبد البر ، الكافي ، ص٣٣٤ . القرافي ، الذخيرة ، ج٥ ، ص٢١٥ . التاودي ، حلى المعاصـم ، ج٢ ، ص٥٤ .

[٢] الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٣ ، ص٥٢٨ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص٦٣ .

[٣] الأبي ، إكمال إكمال المعلم ، ج٥ ، ص٤١٨ . الحسيني ، مكمل إكمال الإكمال ، ج٥ ، ص٤١٨ .

[٤] القرافي ، الذخيرة ، ج٥ ، ص٢١٥ .

[٥] القاضي عبد الوهاب ، المعونة ، ج٢ ، ص٥٠ .

البقاء في أصلها ؛ لحفظ نضارتها ورطوبتها ، فإذا أصابتها جائحة فإنها توضع ؛ لأن تسليمها لم يتم بعد[٦] .

٢- أما القياس على العروض فيجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن المـشتري إذا اشـترى العروض وقبضها ، فإن ملكه لها قد استقر ، فإذا تلفت بعد ذلك كان تلفها بعد تمـام قبـضها ، فيكون ضمانها منه . وهذا بخلاف البقول : فإنها محتاجة إلى البقاء في أصلها ، ولم تنقطع علْقة البائع بها ، فإذا تلفت بجائحة كان تلفها قبل تمام قبضها ، فيكون ضمانها من البائع .

٣- أما قولهم : إن البقول غير محتاجة إلى البقاء في أصلها – فيجاب عنه : بأنه غير مـسلم : فالبقول – كما تقدم – محتاجة إلى البقاء في أصلها ؛ لحفظ نضارتها ورطوبتها ، وإن لم تكـن محتاجة إلى البقاء لتمام الطيب والصلاح .

من هنا ، فإنني أختار القول الأول القاضي بوضع جائحة البقول ؛ لما ذكروه .

وقد تقدم في معرض الحديث عن شروط وضع الجائحة : أن القول المختار فيمـا يحتـاج إلـى البقاء في أصله لحفظ رطوبته ونضارته – أن جائحته توضع[١] ، ومن ثَم فما قيل في تأييد القول المختار هناك يقال هنا .

٣- جائحة المقاثئ : المقاثئ : "وهي التي تطعم بطناً بعد بطن : كبطيخ ، وفقوس ، وقـرع ، وباذنجان ونحوها"[٢] .

اختلف القائلون بوضع الجائحة في وضع جائحة المقاثئ على قولين :

القول الأول : توضع جائحة المقاثئ . وهذا مذهب المالكية[٣] ، والصحيح عند الحنابلة[٤] .

وجه هذا القول : أن المقاثئ محتاجة إلى البقاء في أصلها ؛ لتمام طيبها وصـلاحها ، وعلْقـة البائع بها لم تنقطع ؛ لوجوب السقي عليه ، فيجب وضع جائحتها[٥] .

---

[٦] الباجي ، المنتقى ، ج٦ ، ص١٧٤ .

[١] راجع : ص ٨١ .

[٢] التسولي ، البهجة ، ج٢ ، ص٥٥ .

[٣] مالك ، المدونة الكبرى ، ج٣ ، ص٥٨١ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢١٢ . ابن عاصم ، تحفة الحكـام ، ج٢ ، ص٥٥ .

[٤] ابن مفلح ، الفروع ، ج٦ ، ص٢١٠ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص٦٣ . المرداوي ، التنقيح المشبع ، ص١٣٨ .

القول الثاني : لا توضع جائحة المقاثئ . وهذا قول عند الحنابلة[٦] .

وجه هذا القول : القياس على الزرع[٧] : فإن جائحته لا توضع فكذلك هنا .

ويجاب عن هذا الدليل : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن الزرع غير محتاج إلى البقاء في أصله ، لا لتمام الطيب والصلاح ، ولا لحفظ الرطوبة والنضارة ، فليس له في أصله منفعة ينتظر استيفاؤها ، فإذا أصابته جائحة فإنها لا توضع ؛ لأن تسليمه قد تم . وهذا بخلاف المقاثئ : فإنها محتاجة إلى البقاء في أصلها ؛ لتمام طيبها وصلاحها ، فإذا أصابتها جائحة فإنها توضع ؛ لأن تسليمها لم يتم بعد[١] .

من هنا ، فإنني أختار القول الأول القاضي بوضع جائحة المقاثئ ؛ لما ذكروه . ويعتضد هذا القول بالقياس على الثمار ؛ بجامع الحاجة إلى البقاء في الأصل ؛ لتمام الطيب والصلاح ، وقيام علْقة البائع بكل منهما .

وإذا كان القول المختار في جائحة البقول : أنها توضع ؛ لحاجتها إلى البقاء في أصلها ؛ لحفظ نضارتها ورطوبتها ، والحاجة إلى ذلك – بلا ريب – دون الحاجة إلى تمام الطيب والصلاح – فأولى من ذلك وأحرى اختيار القول بوضع جائحة المقاثئ ، والتي لم يتم طيبها وصلاحها بعد . ولهذا لم يختلف المالكية في وضع جائحتها ، بل قالوا بوضعها قولاً واحداً ، بخلاف الحال في البقول : فقد رأيناهم – كما تقدم – مختلفين في وضعها على قولين .

٤- جائحة الزرع : اختلف القائلون بوضع الجائحة في وضع جائحة الزرع : "كالقمح ، والفول، وغيرهما من أنواع الحبوب"[٢] على قولين :

القول الأول : لا توضع جائحة الزرع . وهذا مذهب المالكية[٣] ، والصحيح عند الحنابلة[٤] .

---

(٥) الباجي ، المنتقى ، ج٦ ، ص١٧٤ ، ص١٧٦ .

(٦) الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٣ ، ص٥٢٨ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص٦٣ .

(٧) المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص٦٣ .

(١) الباجي ، المنتقى ، ج٦ ، ص١٧٤ .

(٢) النفراوي ، الفواكه الدواني ، ج٢ ، ص٢١٣ .

(٣) مالك ، المدونة الكبرى ، ج٣ ، ص٥٨٨ . ابن أبي زيد القيرواني ، الرسالة الفقهية ، ص٢٢٢ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢١٣ .

(٤) المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص٦٣ . البهوتي ، كشاف القناع ، ج٣ ، ص٣٣٤ . اللبدي ، حاشية اللبدي ، ج١ ، ص١٨٦ .

وجه هذا القول : أن الزرع لا يباع إلا بعد اشتداد حبه ، ومن ثَم فهو غير محتاج إلى البقاء في أصله، لا لتمام الطيب والصلاح ، ولا لبقاء الرطوبة والنضارة ، فليس له في أصله منفعة ينتظر استيفاؤها ، فإذا أخّر المشتري أخذه حتى أصابته جائحة ، فهو محض تفريط منه ، فلا توضع عنه الجائحة[٥] .

القول الثاني : توضع جائحة الزرع . وهذا قول عند الحنابلة[١] .

وجه هذا القول : القياس على الثمرة[٢] : فإن جائحتها توضع فكذلك هنا .

ويجاب عن هذا الدليل : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن الثمرة إنما توضع جائحتها إذا بيعت بعد بدو صلاحها وقبل تمامه ، ومن هنا احتاجت إلى البقاء في أصلها حتى يتم صلاحها ، فتسليمها لم يتم بعد ، فإذا أصابتها جائحة كانت من ضمان البائع ؛ كسائر المبيعات التي تتلف قبل تمام تسليمها . وهذا بخلاف الزرع : فإنه يباع بعد اشتداد حبه ، ولهذا لم يحتج إلى البقاء في أصله ، فتسليمه قد تم ، فإذا أصابته جائحة كانت من ضمان المشتري ؛ كسائر المبيعات التي تتلف بعد تمام تسليمها[٣] .

من هنا ، فإنني أختار ما ذهب إليه أصحاب القول الأول ؛ لما ذكروه . وهو قول يتفق مع ما تقدم ذكره من أنه يشترط لوضع الجائحة : أن يكون المجاح محتاجاً إلى البقاء في أصله[٤] ، والقول بغير ذلك يتنافى وهذا الشرط .

كما أن القول بوضع جائحة الزرع من شأنه التسوية في حكم وضع الجائحة بين حالتين مختلفتين لوقوع الجائحة هما : ما قبل تمام التسليم وما بعده ، وهو مما لا يجوز المصير إليه بحال .

الفرع الرابع : أنواع الجائحة

---

[٥] الباجي ، المنتقى ، ج٦ ، ص١٧٤ . النفراوي ، الفواكه الدواني ، ج٢ ، ص٢١٣ . الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٣ ، ص٥٢٨ .

[١] ابن قدامة ، الكافي ، ج٢ ، ص٤٥ . أبو البركات ، المحرر ، ج١ ، ص٤٦٤ . ابن يوسف ، غاية المنتهى، ج٢ ، ص٦٩ .

[٢] الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٣ ، ص٥٢٨ . ابن مفلح ، المبدع ، ج٤ ، ص١٦٦ .

[٣] الباجي ، المنتقى ، ج٦ ، ص١٧٤ .

[٤] راجع : ص٨٠ .

تتنوع الجائحة إلى أنواع متعددة : فقد تكون آفة سماوية لا صنع للآدمي فيها : كالريح ، والبرد. وقد تكون من فعل الآدمي . وذلك أيضاً على نوعين : فعل الآدمي الذي لا يستطاع دفعه ولا تضمينه : كالجيش . وفعل الآدمي الذي يستطاع دفعه وتضمينه : كالسارق .

والقائلون بوضع الجائحة متفقون على أن من هذه الأنواع ما هو جائحة توضع ، ومختلفون في بعضها الآخر . وبيان ذلك فيما يلي :

١- الآفة السماوية : يراد بالآفة السماوية : "ما لا صنع لآدمي فيها : كريح ، ومطر ، وجليد ، وجراد"[١] . وقد اتفق القائلون بوضع الجائحة على اعتبارها جائحةً توضع[٢] .

٢- فعل الآدمي الذي لا يستطاع دفعه ولا تضمينه كالجيش : اختلف القائلون بوضع الجائحة في اعتبار الجيش جائحة على قولين :

القول الأول : يعتبر الجيش جائحة . وهذا مذهب أكثر المالكية[٣] ، ووجه عند الحنابلة[٤] .

وجه هذا القول : القياس على الآفة السماوية[٥] ؛ بجامع أن كلاً منهما لا يستطاع دفعه[٦] ، ولا يمكن تضمينه[٧] .

هذا ، ومحل كون الجيش جائحة عند المالكية إذا لم يعرف من الجيش أحد ، أو عرف ولكنه لا تناله الأحكام ، أو كان معسراً ولا يرجى يساره عن قرب . أما لو عرف من الجيش أحد ، وكان ممن تناله الأحكام ، وهو موسر ، أو معسر ولكن يرجى يساره عن قرب – فلا يكون الجيش

---

(١) ابن بلبان ، مختصر الإفادات ، ص٣١٣ .

(٢) ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، ج٢ ، ص٥٤٤ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢١٣ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص١٣١ . ابن بلبان ، مختصر الإفادات ، ص٣١٣ .

(٣) ابن عسكر ، إرشاد السالك ، ص٨٥ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢١٣ . المنوفي ، كفاية الطالب الرباني ، ج٢ ، ص٢٨٣ .

(٤) الكلوذاني ، الهداية ، ص١٤١ . السامري ، المستوعب ، ج٢ ، ص١١٢ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص٦٥ .

(٥) ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ، ج٢ ، ص١٥١ .

(٦) التاودي ، حلى المعاصم ، ج٢ ، ص٥٣ . التسولي ، البهجة ، ج٢ ، ص٥٣ .

(٧) ابن تيمية ، مجموعة الفتاوى ، ج٣٠ ، ص١٥١ – ص١٥٢ .

جائحة[٨] ؛ لأنه إذا عرف وكان حاله كما ذكر فإنه يتبع بالجميع ؛ لأنهم كالحملاء عن بعـضهم بعضاً[٩] .

القول الثاني : لا يعتبر الجيش جائحة . وهذا قول ابن الماجشون ، ومطرف من المالكيـة[١٠] ، والحنابلة في المذهب[١١] .

وجه هذا القول :

١- حديث أنس بن مالك – رضي الله عنه - : "أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – نهـى عن بيع الثمار حتى تُزهى . فقيل له : وما تُزهى ؟ قال : حتى تحمر . فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – : أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟!"[١] .

وجه الدلالة : يدل الحديث على وضع الجائحة إذا كان منع الثمرة من جهة الله تعالى ، وهذا إنما يكون بالآفة السماوية ، والتي هي من صنع الله تعالى دون الآدمي ، فلا توضع الجائحة إذا كان المنع من جهة الآدمي .

٢- ولأن الجيش يمكن دفعه بالسلطان[٢] ، فلا يكون جائحة .

يمكن مناقشة ما استدل به أصحاب القول الثاني على النحو التالي :

١- أما الاستدلال بالحديث فيجاب عنه : بأن الحديث خرج مخرج الغالب : فالغالب مـن أمـر الجائحة أن تكون آفة سماوية لا صنع للآدمي فيها ، فلا ينفي ذلك أن يكـون غيرهـا جائحـة توضع.

٢- أما قولهم : إن الجيش يمكن دفعه بالسلطان – فيجاب عنه : بأنه غير مسلم : فالجيش مما لا يستطاع دفعه من قبل الآحاد والأفراد ، ولا يمكن تضمينه إذا كان معادياً – كما ذكر أصـحاب القول الأول - ، وهذا يحتم اعتباره جائحة .

---

[٨] العدوي ، حاشية العدوي على الخرشي ، ج٦ ، ص٤٦ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤ ، ص٢٩٩ .

[٩] التسولي ، البهجة ، ج٢ ، ص٥٤ .

[١٠] ابن أبي زيد القيرواني ، النوادر والزيادات ، ج٦ ، ص٢١٢ . ابن الحاجب ، جامع الأمهـات ، ص٣٦٧ . القرافي ، الذخيرة ، ج٥ ، ص٢١٢ .

[١١] الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٣ ، ص٥٢٦ . المـرداوي ، الإنـصاف ، ج٥ ، ص٦٥ . الحجـاوي ، الإقناع، ج٢ ، ص١٣١ .

[١] سبق تخريجه . انظر : ص٧٣ . هامش (٣) .

[٢] ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، ج٢ ، ص٥٤٥ .

من هنا ، فإنني أختار القول الأول القاضي باعتبار الجيش جائحة ؛ لقوة دليلهم : فمناط وضـع الجائحة : وقوع التلف بأمر لا يستطاع دفعه، ولا يمكن تضمينه . وهذا المعنى يستوي فيه كـل من : الآفة السماوية ، والجيش .

٣- فعل الآدمي الذي يستطاع دفعه وتضمينه كالسارق : اختلف القائلون بوضع الجائحـة فـي اعتبار السرقة جائحة على قولين :

القول الأول : لا تعتبر السرقة جائحة . وهذا مذهب المالكية في المشهور[١] ، والحنابلـة فـي المذهب[٢] .

وجه هذا القول :

١- إن السارق يمكن دفعه بالتحصن منه ، فلا يكون فعله جائحة[٣] .

٢- ولأن المشتري يمكنه الرجوع ببدل المتلف على الجاني ، فلا حاجة إلـى الرجـوع علـى البائع[٤] .

القول الثاني : تعتبر السرقة جائحة . وقد ذهب إليه من المالكية ابن القاسم في قول له[٥] .

وجه هذا القول :

١- إن السارق لا يقدر على دفعه ، فكان فعله جائحة ؛ كالآفة السماوية[٦] .

---

[١] ابن الحاجب ، جامع الأمهات ، ص٣٦٧ . الآبي ، جواهر الإكليل ، ج٢ ، ص٩٤ . البناني ، حاشية البناني، ج٥ ، ص٣٤٨ .

[٢] المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص٦٥ . الحجاوي ، الإقنـاع ، ج٢ ، ص١٣١ . ابـن بلبـان ، مختـصر الإفادات، ص٣١٣ .

[٣] ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، ج٢ ، ص٥٤٥ . المنوفي ، كفاية الطالب الرباني ، ج٢ ، ص٢٨٢ – ص٢٨٣ .

[٤] التنوخي ، الممتع ، ج٣ ، ص١٧٤ .

[٥] مالك ، المدونة الكبرى ، ج٣ ، ص٥٩١ . البناني ، حاشية البناني ، ج٥ ، ص٣٤٨ . والقول الآخر لابـن القاسم : أن السرقة لا تعتبر جائحة . انظر : الدردير ، الشرح الصغير ، ج٣ ، ص١٥٣ .

[٦] المواق ، التاج والإكليل ، ج٦ ، ص٤٦٣ – ص٤٦٤ . ميارة الفاسي ، شرح ميارة الفاسي، ج١، ص٤٩٠ .

٢- ولأن ما تلف لم يسلم إلى المشتري[٧] .

هذا ، ومحل الاختلاف بين المالكية في اعتبار السرقة جائحة أولا إذا لم يعلم السارق . أما لو علم فليس بجائحة إذا كان موسراً ، أو معدماً ولكن يرجى يساره عن قرب ، وكان ممن تناله الأحكام . أما لو كان معدماً لا يرجى يساره عن قرب ، أو كان ممن لا تناله الأحكام ، فإنه جائحة عندهم بالاتفاق[٨] .

يمكن مناقشة ما استدل به أصحاب القول الثاني على النحو التالي :

١- أما القياس على الآفة السماوية فيجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن الآفة السماوية لا يمكن دفعها ، ولا يمكن التضمين فيها . وهذا بخلاف السارق : فإنه يستطاع دفعه بالتحصن منه، ويمكن تضمينه فافترقا .

٢- أما قولهم : ولأن ما تلف لم يسلم إلى المشتري – فيجاب عنه : بأنه إذا امتنع تسليم عين الثمرة ؛ لتلفها ، فإنه يمكن تسليم بدلها بتضمين السارق ، فيقوم بدلها مقام عينها .

أما اتفاق المالكية على اعتبار السرقة جائحة إذا كان السارق معدماً لا يرجى يساره عن قرب ، أو كان ممن لا تناله الأحكام – فغير مسلم ؛ لأن السارق وإن كان حاله كذلك ، إلا أنه يمكن دفعه بحفظ الثمرة وحراستها ، ومن ثَم لا يكون فعله جائحة .

من هنا ، فإنني أختار القول الأول القاضي بعدم اعتبار السرقة جائحة ؛ لقوة ما استدلوا به : فمناط وضع الجائحة : وقوع التلف بأمر لا يستطاع دفعه ، ولا يمكن تضمينه . وهذا غير متحقق في فعل السارق ؛ لإمكان دفعه ، وتضمينه .

وعلى القول بعدم اعتبار السرقة جائحة فإن المشتري يخير بين : فسخ البيع ، ومطالبة البائع بالثمن . وبين إمضائه ، ومطالبة السارق بالبدل[١] ؛ لأن التلف قد وقع بفعل آدمي قبل تمام القبض ، فيكون للمشتري الخيار ؛ كما لو تلف المبيع قبل قبضه بفعل أجنبي[٢] .

---

[٧] الباجي ، المنتقى ، ج٦ ، ص١٧٣ .

[٨] العدوي ، حاشية العدوي على الخرشي ، ج٦ ، ص٤٦ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤ ، ص٢٩٩ .

[١] ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٧٨ . ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٣٧٩ .

المطلب الرابع : أثر فوات الثمن

اتفق الفقهاء على أن الثمن في البيع إذا كان في الذمة ، ثم تلف قبل قبضه – فإن البيع لا ينفسخ بتلفه ، ويبقى ديناً في ذمة المشتري ؛ لأن الثمن المعقود عليه هو ما في ذمة المشتري لا عين التالف ، فكان للبائع أن يأخذ بدله ؛ لاستقراره في ذمته[٣] .

واختلفوا إذا كان الثمن في البيع دراهم ، أو دنانير ، وعينها العاقدان في العقد ، ثم تلفت قبل قبضها على قولين :

القول الأول : لا ينفسخ البيع ، وعلى المشتري أن يأتي ببدلها . وهذا مذهب الحنفية[١] ، والمالكية[٢] .

القول الثاني : ينفسخ البيع ، وهلاكها على المشتري . وهذا مذهب زفر من الحنفية[٣] ، والشافعية[٤] .

ويرجع اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في الدراهم ، والدنانير هل تتعين في عقد البيع بالتعيين[٥] أم لا ؟

---

[٢] التنوخي ، الممتع ، ج٣ ، ص١٧٤ . ابن أبي تغلب ، نيل المآرب ، ج١ ، ص٣٦١ .

[٣] السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج٢ ، ص٥٢ . ابن المقري ، روض الطالب ، ج٤ ، ص١٩٠ . الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٤ ، ص١٩٠ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص١١١ . البهوتي ، كشاف القناع ، ج٣ ، ص٢٨٤ . البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٦٠ . هذا ، وتلف الثمن في ذمة المشتري إنما يكون بتلف نظيره من مال المشتري ، فيضمن بدله حينئذ.من هنا ، فإن القول بتلف الثمن الذي في الذمة فيه تجوز؛ = =لأن الثمن متى كان في الذمة فإنه لا يتصف بالتلف حقيقة عند تلف نظيره من مال المشتري ، ولكن أطلق على هذا النظير أنه ثمن فيغرم المشتري بدله إطلاقاً مجازياً . انظر : ابن قائد ، حاشية المنتهى ، ج٢ ، ص٣٣٩ .

[١] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٧٨ . المرغيناني ، الهداية ، ج٣ ، ص٦٦ . ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٦ ، ص٤٧٩ .

[٢] يرى المالكية : أن الدراهم ، والدنانير لا تتعين في عقد البيع بالتعيين . ومن ضرورة القول بذلك ألا ينفسخ البيع بتلفها قبل القبض ، وعلى المشتري أن يأتي ببدلها . انظر : القاضي عبد الوهاب ، عيون المجالس ، ج٣، ص١٤٤٠ . الباجي ، المنتقى ، ج٦ ، ص٢٤٧ . الفندلاوي ، تهذيب المسالك ، ج٤ ، ص٢٥٩ .

[٣] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٧٨ .

[٤] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٥ ، ص١٣٨ . البغوي ، التهذيب ، ج٣ ، ص٣٥٦ . النووي ، المجموع ، ج٩ ، ص١٩٦ .

فأصحاب القول الأول يقولون بعدم تعينها[٦] ، ومن ثم لا ينفسخ البيع بتلفها ، وعلى المشتري أن

يأتي ببدلها . وأصحاب القول الثاني يقولون بتعينها[١] ، ولذا ينفسخ البيع بتلفها ، ويكون هلاكها على المشتري .

والذي يظهر هو رجحان ما ذهب إليه أصحاب القول الأول ؛ تفريعاً على القـول بعـدم تعـين الدراهم ، والدنانير في عقد البيع بالتعيين . وإن القول بعدم تعينها هـو الأولـى بـالقبول ؛ لأن الدراهم ، والدنانير لا تقصد لأعيانها ، وإنما لما فيها من معنى الثمنية ، وكل عين من الدراهم ، والدنانير تقوم مقام الأخرى في تحقيق هذا الغرض ، فلا مزية لعين منها على عـين أخـرى ، ومن هنا ، فلا فائدة من القول بالتعيين في استحقاق عينها . وهذا بخلاف الحال فـي جنـسها ، وقدرها ، وصفتها : فإن في تعيينها في ذلك فائدة فتتعين : فلو أن رجلاً باع سلعة بألف درهم ، وعينها في المجلس ، ثم تلفت ، فإنها تتعين في حق الجنس : فيجب على المـشتري أن يـؤدي دراهم، وتتعين في حق القدر : فيجب عليه ألف درهم ، وتتعين في حق الصفة : فعليه أن يأتي بمثل صفتها جيدة أو رديئة ، ولكن المشتري يملك أن يأتي بغيرها ؛ لأنها لا تتعين في عينها[٢] .

---

[٥] معنى تعين الدراهم ، والدنانير بالتعيين : أن العاقد إذا عينها : إما بالإشارة من غير ذكرها كأن يقول : بعتك هذه السلعة بهذه ، ويشير إلى الدراهم ، أو الدنانير ، ولا يسميها . أو بذكرها كأن يقول : بعتك هذه السلعة بهذه الدراهم ، أو الدنانير – فإن الدراهم ، أو الدنانير تتعين بمعنى : أن الملك يثبت في عينها ، فلا يجوز إبدالها، ولا ينوب منابها ما هو من مثلها . انظر : ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٣٣ . البهوتي ، إرشاد أولي النهى ، ج١، ص٦٨٧ .

[٦] المرغيناني ، الهداية ، ج٣ ، ص٦٦ . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٧ ، ص٣٩٣ . القاضي عبد الوهاب ، عيون المجالس ، ج٣ ، ص١٤٤٠ . الباجي ، المنتقى ، ج٦ ، ص٢٤٧ .

[١] السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج٢ ، ص٥١ . الكاساني ، بـدائع الـصنائع ، ج٥ ، ص٣٧٨ . المـاوردي ، الحاوي الكبير ، ج٥ ، ص١٣٨ . النووي ، المجموع ، ج٩ ، ص١٩٦ .

[٢] السرخسي ، المبسوط ، ج١٤ ، ص٢٢ – ص٢٣ . السمرقندي ، تحفة الفقهـاء ، ج٢ ، ص٥٢ . القاضـي عبد الوهاب ، الإشراف ، ج٢ ، ص٥٥٤ . أما الحنابلة فإنهم يرون – في المـذهب عنـدهم – أن الـدراهم ، والدنانير تتعين في عقد البيع بالتعيين ، ولكنهم يرون أنها إذا تلفت قبل القبض فإنها تكون من ضمان البائع ، ولم ينصوا على انفساخ البيع هنا . انظر : الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٣ ، ص٤٧١ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص٤٠ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص١٢٣ . ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٣٦٧ . وهـذا

المبحث الثاني : أثر فوات محل عقد السلم

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أثر فوات المسلم فيه

المطلب الثاني : أثر فوات رأس مال السلم

بناء على المذهب عندهم من أن المتعين مما لا يحتاج إلى حق توفية لا يفتقر ضمانه إلى القبض ، بل يدخل في ضمان العاقد بمجرد العقد . ولهذا قيدت بعض كتبهم الحكم المتقدم بأن لا تكون الدراهم ، والدنانير محتاجة إلى عد أو وزن ؛ لأنها إذا احتاجت إلى ذلك تكون محتاجة إلى حق توفية ، وحينئذ إذا تلفـت فإنمـا تتلـف علـى المشتري . انظر : الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٣ ، ص٤٧١ . ابـن النجـار ، منتهـى الإرادات ، ج٢ ، ص٣٦٧ . البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٧٨ . البهوتي ، كشاف القناع ، ج٣ ، ص٣١٤ . كمـا فرق الحنابلة– في موضع آخر – في حكم تلف الثمن بين أن يكون في الذمة أولا : فإن كان في الذمة ، فقد تقدم نقل اتفاق الفقهاء – ومن جملتهم الحنابلة – في حكمه آنفاً . أما إذا لم يكن في الذمة ، فقد نص الحنابلـة علـى إعطائه حكم المبيع إذا تلف بجميع التفصيل المتقدم ، ومن ثم يفرق فيه بين أن يكون مما يتعلق به حق توفية أو لا على النحو المذكور آنفاً . انظر : الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص١١١ . ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج٢، ص٣٣٩ . البهوتي ، كشاف القناع ، ج٣ ، ص٢٨٤ . البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٦٠ .

تعريف السلم

السلم لغة : " السلف ، وأسلم في الشيء ، وسلم ، وأسلف بمعنى واحد"[(١)] .

واصطلاحاً : " عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلاً"[(٢)] .

محل عقد السلم هو : المسلم فيه ، ورأس مال السلم . وسنتناول الحديث عن أثر فواتهما في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : أثر فوات المسلم فيه

أقوال الفقهاء وأدلتهم

اختلف الفقهاء إذا انقطع المسلم فيه فلم يوجد ، وتعذر حصوله عند حلول الأجل ، سواء انقطع كله أم بعضه على ثلاثة أقوال :

القول الأول : لا ينفسخ السلم ، والمسلِم بالخيار : إن شاء فسخ السلم ، واسترد رأس ماله إن كان باقياً ، أو بدله من المثل أو القيمة إن كان تالفاً . وإن شاء صبر حتى يوجد المسلم فيه فيأخذه حينئذ . وهذا مذهب الحنفية[(٣)] ، والمالكية[(٤)] ، والشافعية في الأظهر[(٥)] ، والحنابلة في الصحيح من مذهبهم[(٦)] .

---

(١) ابن منظور ، لسان العرب ، ج١٢ ، ص٢٩٥ ، مادة (سلم) . وانظر : الفيومي ، المصباح المنير ، ج١ ، ص٣٨٩ ، مادة (سلم) .

(٢) النووي ، روضة الطالبين ، ج٣ ، ص٢٤٢ .

(٣) المرغيناني ، بداية المبتدي ، ج٣ ، ص٨٠ . نظام وجماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية ، ج٣ ، ص١٨٤ .الحصكفي ، الدر المختار ، ج٧ ، ص٤٨٣ .

(٤) ابن الحاجب ، جامع الأمهات ، ص٣٧٢ . ابن جزي ، قوانين الأحكام الشرعية ، ص٢٩٦ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢١٧ – ص٢١٨ .

(٥) الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص٨١ . النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص١٤٢ ، ص١٤٥ – ص١٤. الرملي ، غاية البيان ، ص٢٨٣ .

(٦) المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص٩٠ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص١٤٢ . ابن بلبان ، أخصر المختصرات ، ص١٧٣ .

والحكم المتقدم فيما إذا انقطع كل المسلَم فيه . أما إذا انقطع بعضه فقد اختلف أصحاب هذا القول: فنص المالكية[١] على أن المسلِم إذا قبض البعض ، ثم انقطع باقيه فإنه يجب التأخير إلى أن يوجد المسلَم فيه ، إلا أن يرضى العاقدان بالفسخ ، والمحاسبة .

واتفق الشافعية[٢] ، والحنابلة[٣] على أن للمسلِم الخيار بين الفسخ في الكل ، وبين الصبر إلى أن يوجد المسلَم فيه . واختلفوا إذا أراد المسلِم الفسخ في القَدر المنقطع فقط ، والإجازة في الباقي : فرأى الشافعية في الأصح عندهم ، والحنابلة في وجه أنه لا يملك ذلك . ورأى الشافعية في قول ، والحنابلة في الصحيح من مذهبهم أنه يملك ذلك .

وجه هذا القول :

١- إن السلم عقد على موصوف في الذمة ، فالمعقود عليه دين محله الذمة ، وهي باقية ، فيبقى الدين ببقاء محله ، إلا أن تسليمه قد تأخر إلى أوان وجوده[٤] ، فيكون للمسلِم الخيار .

٢- ولأن المسلَم فيه إذا انقطع يصير المسلَم إليه عاجزاً عن تسليمه ، فيثبت للمسلِم الخيار ؛ كما لو أفلس المشتري بالثمن أو أعسر: حيث لا ينفسخ البيع ، ويثبت للبائع الخيار فكذلك هنا[٥] .

٣- ولأن السلم قد صح ، إلا أنه قد تعذر تسليم المعقود عليه ؛ لعارض مشرف على الزوال، فيثبت للمسلِم الخيار ؛ كما لو هربت الدابة المبيعة قبل قبضها[٦] .

٤- ولأن انقطاع المسلَم فيه قبل قبضه بمنزلة تغير المعقود عليه قبل قبضه ، وذلك يوجب الخيار فكذلك هنا[١] .

---

(١) ابن الحاجب ، جامع الأمهات ، ص٣٧٢ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢١٨ . الآبي ، جواهر الإكليل ، ج٢، ص١٠٨ .

(٢) الرافعي ، العزيز ، ج٤ ، ص١٤٢ – ص١٤٣ . ابن القاسم ، حاشية ابن القاسم العبادي على الغرر البهية ، ج٥ ، ص١٥١ . ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج٢ ، ص١٩٧ .

(٣) ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٢١١ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص٩٠ – ص٩١ . ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٣٨٨ .

(٤) السرخسي ، المبسوط ، ج١٢ ، ص١٦١ – ص١٦٢ . ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٧ ، ص٧٩ . ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ، ج٢ ، ص١٦٥ .

(٥) البغوي ، التهذيب ، ج٣ ، ص٥٧٥ . الشربيني ، الإقناع ، ج٢ ، ص٤٨ . التنوخي ، الممتع ، ج٣ ، ص١٩٥ .

(٦) المرغيناني ، الهداية ، ج٣ ، ص٨٠ . الرافعي ، العزيز ، ج٤ ، ص٤٠٢ . ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٢١٠ .

٥- ولأن في انقطاع المسلَم فيه ضرراً بالمسلِم ، فيثبت له الخيار ؛ دفعاً للضرر[٢] .

هذا ، ومحل تخيير المسلِم عند المالكية في حالة انقطاع كل المسلَم فيه إذا لم يفرط في أخذه حتى انقطع ، فإن فرط حتى انقطع فلا خيار له ، ويتعين البقاء حتى يوجد المسلَم فيه ؛ لأنه قد ظلم المسلَم إليه حين فرط في أخذ حقه ، فتخييره زيادة ظلم ، فلا يجوز[٣] .

القول الثاني : ينفسخ السلم ، ويسترد المسلِم رأس ماله إن كان باقياً ، أو بدله من المثل أو القيمة إن كان تالفاً . وهذا مذهب زفر من الحنفية[٤] ، وأشهب من المالكية[٥] ، وهو قول عند الشافعية[٦] ، ووجه عند الحنابلة[٧] .

والحكم المتقدم فيما إذا انقطع كل المسلَم فيه . أما إذا انقطع بعضه : فيرى الشافعية[٨] بناء على هذا القول ، والحنابلة[٩] بناء على هذا الوجه أن السلم ينفسخ في القدر المنقطع ، وللمسلِم الخيار في الباقي : إن شاء فسخه ، وإن شاء أخذه بحصته من رأس المال .

وجه هذا القول :

١- إن المسلَم فيه إذا انقطع يصير المسلَم إليه عاجزاً عن تسليمه ، فينفسخ السلم ؛ كما إذا تلف المبيع قبل قبضه[١] .

---

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، ص٣٤٥ .

(٢) الباجي ، المنتقى ، ج٦ ، ص٤٦٥ . البيجوري ، حاشية البيجوري ، ج١ ، ص٦٨٥ .

(٣) الزرقاني ، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ، ج٥ ، ص٣٩٣ . الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٦، ص٩٨ . الدردير ، الشرح الصغير ، ج٣ ، ص١٧٦ .

(٤) السرخسي ، المبسوط ، ج١٢ ، ص١٦١ . العيني ، البناية ، ج٨ ، ص٣٣٩ . ابن الهمام ، شرح فتح القدير، ج٧ ، ص٧٩ .

(٥) ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ، ج٢ ، ص١٦٥ . ابن جزي ، قوانين الأحكام الشرعية ، ص٢٩٦ .

(٦) الغزالي ، الوسيط ، ج٣ ، ص٤٣٠ . ابن الملقن ، عجالة المحتاج ، ج٢ ، ص ٧٤٥ . الرملي ، نهاية المحتاج ، ج٤ ، ص١٩٤ .

(٧) الكلوذاني ، الهداية ، ص١٤٧ . ابن قدامة ، المقنع ، ج٢ ، ص٩٣ . ابن مفلح ، الفروع ، ج٦ ، ص٣٢٨.

(٨) الرافعي ، العزيز ، ج٤ ، ص١٤١ ، ص١٤٢ . النووي ، روضة الطالبين ، ج٣ ، ص٨٩ ، ص٩٠ .

(٩) ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٢١١ . أبو البركات ، المحرر ، ج١ ، ص ٤٨٨ . المرداوي ، الإنصاف، ج٥، ص٩١ .

٢- ولأن المعقود عليه في السلم هو ثمرة هذا العام ، ولهذا يجب التسليم منها ، فإذا هلكت انفسخ العقد ؛ كما لو اشترى قفيزاً من صبرة فهلكت[٢] .

٣- وقياساً على ما إذا اشترى بفلوس ثم كسدت قبل القبض : حيث ينفسخ العقد فكذلك هنا[٣].

القول الثالث : لا ينفسخ السلم ، ولا خيار للمسلِم في فسخه وأخذ ثمنه ، وعليه الصبر إلى أن يوجد ، سواء انقطع كل المسلَم فيه أم بعضه . وهذا قول سحنون من المالكية[٤] .

المناقشة والقول المختار

يمكن مناقشة ما استدل به أصحاب القول الثاني على النحو التالي :

١- أما القياس على تلف المبيع قبل قبضه فيجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن العجز عن تسليم المسلَم فيه يرجى زواله ؛ لأن لإدراك المسلَم فيه : كالزرع ، والثمار وغيرها أواناً معلوماً يكثر وجودها فيه ، فيتخير المسلِم بين فسخه ، أو البقاء لأوان إدراكه . وهذا بخلاف تلف المبيع قبل قبضه : فإن العجز عن تسليم المبيع إذا تلف لا يمكن زواله عادة فينفسخ[٥] .

وبمثل هذا يجاب عن القياس على ما إذا اشترى بفلوس ثم كسدت قبل القبض الوارد في دليلهم الثالث[٦] .

٢- أما قولهم : ولأن المعقود عليه في السلم هو ثمرة هذا العام ، ولهذا يجب التسليم منها ، فإذا هلكت انفسخ العقد ؛ كما لو اشترى قفيزاً من صبرة فهلكت – يجاب عنه بما يلي :

أ- لا نسلم أن المعقود عليه في السلم هو ثمرة هذا العام ، بل هو دين موصوف في ذمة المسلَم إليه ؛ بدليل أنهما لو تراضيا على دفع المسلَم فيه من غير ثمرة ذلك العام جاز : فلو أسلم إليه في ثمرة عامين ، فقدم في العام الأول ما يجب له في العام الثاني جاز[١] .

---

(١) الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٤ ، ص٥٠٥ . السيوطي ، شرح التنبيه ، ج١ ، ص ٣٩٩ .

(٢) الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص٨١ . ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٢١٠ .

(٣) السرخسي ، المبسوط ، ج١٢ ، ص١٦١ . ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٧ ، ص٧٩ .

(٤) ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ، ج٢ ، ص١٦٥ . ابن الحاجب ، جامع الأمهات ، ص٣٧٢ .
ابن جزي ، قوانين الأحكام الشرعية ، ص٢٩٦ .

(٥) البابرتي ، العناية ، ج٧ ، ص٧٩ . ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٧ ، ص٧٩ – ص٨٠ .

(٦) الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٤ ، ص٥٠٥ . ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٧ ، ص٧٩ – ص٨٠ .

(١) الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص٨١ . ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٢١٠ – ص٢١١ .

ب- أما إيجاب التسليم من ثمرة العام ؛ فلأنها على صفة ما وقع عليه العقد ، وقد أمكن الدفع منها[٢] .

جـ- أما القياس على ما إذا اشترى قفيزاً من صبرة فهلكت – فيجاب عنه : بمثل ما أجيب عن القياس على تلف المبيع قبل قبضه .

مما تقدم ، وبعد استعراض أقوال الفقهاء ، وأدلتهم ، والمناقشة فإنني أختار القول الأول القاضي بعدم انفساخ السلم ، وإثبات الخيار للمسلِم : بين فسخه ، واسترداد رأس ماله أو بدله. وبين البقاء إلى أن يوجد المسلَم فيه ؛ لما ذكروه من أدلة .

والقول بانفساخ السلم يتنافى والحالة التي وقع فيها هنا : فإنه قد استجمع أركانه ، وشروطه ، فانعقد صحيحاً.وغاية ما في الأمر أن تسليم المعقود عليه قد تأخر لعارض ، وهو عارض يرجى زواله–كما ذكر أصحاب القول الأول-، ومن ثَم ينتفي محظور انعدام المعقود عليه.

والقول بعدم إثبات الخيار للمسلِم ، وإلزامه بالبقاء إلى أن يوجد المسلَم فيه لا يخلو من إضرار بالمسلِم : فإنه أقدم على العقد بغية أن يتم التسليم عند حلول الأجل ، وقد لا يكون محتاجاً إلى المسلَم فيه بعد حلول الأجل بحين حاجته إليه عند حلوله .

والقول بعدم الانفساخ ، وإثبات الخيار للمسلِم يتلافى هذين الاعتراضين : فلا يقول بانفساخه ؛ نظراً إلى أن العقد قد صح باستجماع أركانه ، وشروطه . وفي الوقت نفسه ، يثبت الخيار للمسلِم ؛ لأن المسلَم فيه قد تأخر عن الوقت الذي كان يرتقب فيه المسلِم وجوده .

أما بخصوص انقطاع بعض المسلَم فيه فإنني أختار ما ذهب إليه الشافعية بناء على الأظهر عندهم ، والحنابلة بناء على الصحيح من مذهبهم من أن للمسلِم الخيار بين الفسخ في الكل ، وبين الصبر إلى أن يوجد المسلَم فيه . ويتأيد ذلك بما تأيد به القول المختار في انقطاع كل المسلَم فيه .

أما إذا أراد المسلِم الفسخ في القدر المنقطع فقط ، والإجازة في الباقي فإنني أختار ما ذهب إليه الشافعية في الأصح ، والحنابلة في وجه من أن المسلِم لا يملك ذلك ؛ منعاً لتفريق الصفقة على المسلَم إليه ، سيما وأن انقطاع البعض لعارض يرجى زواله – كما تقدم آنفاً - ، ومن ثَم يستطيع المسلِم البقاء إلى أن يوجد إذا لم يرد الفسخ في الكل .

---

[٢] ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٢١١ . التنوخي ، الممتع ، ج٣ ، ص١٩٥ .

أما ما ذهب إليه المالكية من أن المسلِم إذا قبض البعض ، ثم انقطع باقيه فإنه يجب التأخير إلى أن يوجد – فيناقش بمثل ما نوقش به القول الثالث المتقدم آنفاً والذي ينص على إيجاب التأخير إلى أن يوجد المسلَم فيه ، وإلزام المسلِم بالمضي فيه .

أما الأقوال الأخرى في انقطاع بعض المسلَم فيه فإنها مفرعة على القولين الثاني والثالث في انقطاع كل المسلَم فيه ، وهما قولان غير مسلمين – كما بان من مناقشتهما - ، فلا يكون ما فُرع عليهما مسلماً .

بقي أن يقال : إن ما ذكره المالكية من أن محل تخيير المسلِم في حالة انقطاع كل المسلَم فيه إذا لم يفرط في أخذه حتى انقطع ، فإن فرط حتى انقطع فلا خيار له ، ويتعين البقاء حتى يوجد – هو تقييد متجه ؛ لأن القول بإثبات الخيار للمسلِم – والحالة هذه - ؛ التفاتاً إلى دفع الضرر عنه ، من شأنه إلحاق الضرر بالمسلَم إليه ، وهذا لا يجوز ، فليست مراعاة مصلحة المسلِم بأولى من مراعاة مصلحة المسلَم إليه ، والقاعدة الفقهية تقول : "الضرر لا يزال بالضرر"[١].

ويطرد هذا القيد إلى التخيير في حالة انقطاع بعض المسلَم فيه حيث قلنا بإثباته للمسلِم .

موقف القانون المدني الأردني

أخذ القانون المدني الأردني بالقول الأول القاضي بإثبات الخيار للمسلم بين فسخ السلم ، أو الصبر إلى أن يوجد المسلم فيه . جاء في المادة (٥٣٦) : "إذا تعذر تسليم المبيع عند حلول الأجل ؛ بسبب انقطاع وجوده ؛ لعارض طارئ ، كان المشتري مخيراً بين انتظار وجوده ، أو فسخ البيع" .

المطلب الثاني : أثر فوات رأس مال السلم

---

[١] السيوطي ، الأشباه والنظائر، ص٨٦ . ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٨٧ .

يعد السلم أحد أنواع البيع : فالمسلِم مشتر ، والمسلَم إليه بائع ، ورأس مال السلم ثمن ، والمسلَم فيه مثمن . ولهذا يشترط له الفقهاء ما يشترط لعقد البيع ، إلا أنه يختص ببعض الأحكـام عـن البيع ، ولهذا اختص باسم خاص ، وأُفرد بباب مستقل[١] .

من هنا ، لا يخرج الحديث عن أثر فوات رأس مال السلم – وهو ثمن – عما قيل في أثر فوات الثمن في البيع .

يؤيد ذلك ، أن الانطلاق في تقرير أثر فوات الثمن في البيع كان من خلال حديث الفقهـاء عـن مسألة تعين الدراهم ، والدنانير بالتعيين ، أو عدم تعينها بذلك ، ولم يكن بحث الفقهاء في تلـك المسألة مختصاً بعقد البيع دون غيره ، بل كانوا يعممون بحثها في عقود المعاوضات كلهـا[٢] ، والسلم – دون ريب – عقد معاوضة .

تأسيساً على هذا ، فإن ما قيل في أثر فوات الثمن في البيع هناك[٣] يقال هنا ، فلا حاجة لـذكره مرة أخرى .

---

[١] ابن مودود ، الاختيار ، ج٢ ، ص٣٤ . ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ، ج٢ ، ص١٠٢ . النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص١٤٠ . ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص١٩٦ .

[٢] السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج٢ ، ص٥١ . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٧ ، ص٣٩٣ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص٤٠ . ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٣٦٧ .

[٣] انظر : ص ٩٤ وما بعدها .

المبحث الثالث : أثر فوات محل عقد الإجارة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أثر الفوات الكلي للمنفعة

المطلب الثاني : أثر الفوات الجزئي للمنفعة

تعريف الإجارة

الإجارة لغة : مأخوذة من الأجر : وهو "جزاء العمل . والفعل أَجَـر يـأْجِر أجـراً والمفعـول مأجور. والأجير : المستأجر . والإجارة : ما أعطيت من أجرٍ في عمل "[١] .

واصطلاحاً : "هي تمليك المنافع بعوض"[٢] .

محل عقد الإجارة : المنفعة ، والأجرة . وسنتناول في هذا المبحث الحديث عـن أثـر فـوات المنفعة . أما الحديث عن أثر فوات الأجرة فإننا نحيله على ما قيل في أثر فـوات الـثمن فـي البيع[٣] ؛ ذلك أن الانطلاق في تقرير أثر فوات الثمن في البيع كان من خلال حديث الفقهـاءعن مسألة تعين الدراهم ، والدنانير بالتعيين ، أو عدم تعينها بذلك ، ولم يكن بحث الفقهاء في تلـك المسألة مختصاً بعقد البيع دون غيره ، بل كانوا يعممون بحثها في عقود المعاوضات كلهـا[٤] ، والإجارة – دون ريب – عقد معاوضة .

ولمعرفة أثر فوات المنفعة يقال : إذا كانت المنفعة محلاً لعقد الإجارة ، فإن محل هذه المنفعـة هو العين المستأجرة . لذا تناول الفقهاء الحديث عن أثر فوات المنفعة من خلال بحـثهم لفـوات العين المستأجرة وتأثيره في فوات المنفعة ، وفرقوا في ذلك بين نوعين من الفوات هما : الفوات الكلي ، والفوات الجزئي ، كما سيتضح في المطلبين التاليين :

---

(١) ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ص٤٦ ، مادة (أجر) .

(٢) الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٦ ، ص٧٧ .

(٣) راجع ص ٩٤وما بعدها.

(٤) السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج٢ ، ص٥١ . ابن عابـدين ، رد المحتـار ، ج٧ ، ص٣٩٣ . المـرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص٤٠ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص١٢٣ .

المطلب الأول : أثر الفوات الكلي للمنفعة

أقوال الفقهاء وأدلتهم

اتفق الفقهاء[١] على أن العين المستأجرة إذا تلفت كلها ، ولم يبق فيها أي منفعة ، كما لو ماتـت الدابة المستأجرة ، فإن الإجارة تنفسخ .

وجه هذا الاتفاق :

١- "لوقوع اليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه ، فلم يكن في بقاء العقد فائدة"[٢] .

٢- ولأن المعقود عليه قد تلف قبل قبضه ، فينفسخ العقد ؛ كما لو تلف المبيع قبل قبضه[٣].

واختلفوا إذا تلفت العين المستأجرة كلها ، إلا أنه أمكن الانتفاع من وجه آخر : كما لو انهـدمت الدار ، وأمكن الانتفاع بعرصة الدار بنصب خيمة للسكنى ، أو جمع الحطب فيها على قولين :

القول الأول : تنفسخ الإجارة . وهذا مذهب الحنفية في قول[٤] ، والمالكية[٥] ، والـشافعية فـي الأصح[٦] ، والحنابلة في المذهب[٧] ، وابن حزم[٨] .

---

[١] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٤ ، ص٣٤٠ . ابـن عابـدين ، رد المحتـار ، ج٩ ، ص١٤١ . خليـل ، مختصر خليل ، ص٢٧٧ . الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٧ ، ص٢٦٩ . الغزالي ، الوجيز ، ج١ ، ص٤١٣. النووي، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٤٨١ . ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص٢٧٣ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص٣١١. ابن حزم ، المحلى ، ج٧ ، ص٥ ، ص١٠ .

[٢] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٤ ، ص٣٤٠ .

[٣] ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج٢ ، ص٤٦٤ . التنوخي ، الممتع ، ج٣ ، ص٤٧٢ .

[٤] القدوري ، مختصر القدوري ، ص١٠٥ . المرغيناني ، بداية المبتدي ، ج٣ ، ص٢٧٩ . ابـن مـودود ، المختار ، ج٢ ، ص٦١ .

[٥] ابن أبي زيد القيرواني ، الرسالة الفقهية ، ص٢١٩ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢٧٧ . الدردير ، الشرح الكبير ، ج٥ ، ص٣٧٨ .

[٦] الماوردي ، الإقناع ، ص١٠٠ . النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٤٨٢ . الشربيني ، مغني المحتـاج، ج٢ ، ص٤٨٢ .

[٧] ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص٢٧٣ . المرداوي ، الإنـصاف ، ج٦ ، ص٥٨ . ابـن النجـار ، منتهـى الإرادات ، ج٣ ، ص١٠٧ .

[٨] ابن حزم ، المحلى ، ج٧ ، ص٥ ، ص١٠ .

وجه هذا القول : أن المنفعة المقصودة بالعقد قد فاتت قبل قبضها ، فينفسخ العقد ؛ كما لو ماتت الدابة المستأجرة ، وكما لو تلف المبيع قبل قبضه[١] .

القول الثاني : لا تنفسخ الإجارة ، وللمستأجر الخيار بين فسخها أو إمـضائها . وهـذا مـذهب الحنفية في الأصح[٢] ، وهو قول عند الشافعية[٣] ، ووجه عند الحنابلة[٤] .

وجه هذا القول : أن المنفعة المعقود عليها لم تنعدم بالكلية ، بل يمكن الانتفاع في الجملة : كأن ينتفع بالعرصة بنصب خيمة ، أو جمع حطب أو غير ذلك ، فلا ينفسخ العقد . وغاية ما في الأمر أن المنفعة قد نقصت ، فيكون للمستأجر الخيار ؛ كما لو تعيبت[٥] .

المناقشة والقول المختار

يمكن مناقشة ما استدل به أصحاب القول الثاني بما يلي : إن الانتفاع بالعرصة بنصب الخيمـة، أو جمع الحطب ليس مقصوداً عادة[٦] ، ولهذا لا يستأجر أحد عرصة الدار ليسكنها[٧] ؛ إذ ليست العرصة داراً ، ولا منفعتها منفعة دار ، وإنما هي أرض[٨] .وهذا يحتم اعتبار المنفعـة المعقـود عليها منعدمة بالكلية ؛ التفاتاً إلى فوات المنفعة المقصودة بالعقد . ومن ثَمّ فالقول بـأن المنفعـة المعقود عليها لم تنعدم بالكلية ، وإنما نقصت ، فيثبت للمستأجر الخيار ؛ كما لو تعيبت– لا يكون مسلماً .

---

[١] المرغيناني ، الهداية ، ج٣ ، ص٢٧٩ . الـشيرازي ، المهـذب ، ج٢ ، ص٢٦٢ . المقدسـي ، العـدة ، ص٢٦٥.

[٢] المرغيناني ، الهدايـة ، ج٣ ، ص٢٧٩ – ص٢٨٠ . العينـي ، البنايـة ، ج١٠ ، ص٣٤١ ، ص٣٤٢ – ص٣٤٣ . التمرتاشي ، تنوير الأبصار ، ج٩ ، ص١٣٠ – ص١٣١ . الحـصكفي ، الـدر المختـار ، ج٩ ، ص١٣٠-ص١٣١.

[٣] الشيرازي ، التنبيه ، ج٢ ، ص٤٨٥ . الغزالي ، الوسيط ، ج٤ ، ص١٩٨ . المحلي ، كنز الراغبين ، ج٣، ص١٢٩ .

[٤] الكلوذاني ، الهداية ، ص١٨٠ . ابن قدامة ، المقنع ، ج٢ ، ص٢١٣ . ابن مفلح ، الفروع ، ج٧، ص١٦١.

[٥] ابن مودود ، الاختيار ، ج٢ ، ص٦١ . الزركشي ، شرح الزركشي ، ج ٤، ص٢٣١ .التنوخي ، الممتـع، ج٣ ، ص٤٧٤ .

[٦] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٤ ، ص٣٠١ .

[٧] ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص٢٧٤ .

[٨] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٧ ، ص٣٩٩ .

من هنا ، فإنني أختار القول الأول القاضي بانفساخ الإجارة ؛ لما ذكروه . والقول بعدم انفساخ الإجارة – والحالة هذه – من شأنه الإبقاء على عقد الإجارة بعد أن فقد غايته المرجوة منه وهذا لا يجوز . كما أن الأمثلة التي ساقها أصحاب القول الثاني في وجوه الانتفاع بعرصة الدار كنصب الخيمة ، وجمع الحطب فيها – وإن تصورت في وقتهم ، إلا أنها أمثلة مستبعدة في وقتنا الحاضر ، ومن ثَم فلا وجود لأي منفعة حينئذ ، فتنفسخ الإجارة تماماً كتلك العين التي تتلف ولا يبقى فيها أي منفعة .

هذا ، والقول بانفساخ الإجارة إذا تلفت العين المستأجرة كلها يستوي فيه أن يكون التلف حاصلاً قبل القبض ، أو عقيبه وقبل مضي مدة لمثلها أجرة ، فإن الإجارة حينئذ تنفسخ ، وتسقط الأجرة عن المستأجر[١].

ووجه ذلك : أن المعقود عليه تلف قبل قبضه : فإن قبض المنافع إنما يكون باستيفائها ، أو التمكن منه، ولم يحصل ذلك ، فتنفسخ الإجارة ، وتسقط الأجرة ؛ كما لو تلف المبيع قبل قبضه[٢] .

أما إذا وقع التلف بعد القبض ، وبعد مضي مدة لمثلها أجرة ، فإن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة ، وتسقط حصتها من الأجرة[٣] ؛ للتعليل المذكور في الحالة السابقة[٤] .

أما بالنسبة للمدة الماضية ، فقد اختلف فيها القائلون بانفساخ الإجارة بتلف كل العين المستأجرة على قولين:

---

(١) الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٧ ، ص٣٩٨ ، ص٣٩٩ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٤٨١ . ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص٢٧٣ . الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٤ ، ص٢٣٠ .

(٢) الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص٢٦٢ . ابن أبي تغلب ، نيل المآرب ، ج١ ، ص٤٣١ .

(٣) السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج٢ ، ص٥١٩ – ص٥٢٠ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٤ ، ص٣٠١ . ابن أبي زيد القيرواني ، الرسالة الفقهية ، ص٢١٩ . الصاوي ، بلغة السالك ، ج٣ ، ص٤٩٦ . الشيرازي ، المهذب، ج٢ ، ص٢٦٢ . النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٤٨١ . الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٤ ، ص٢٣٠ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص ٣١١ .

(٤) الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٤٨١ . الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٤ ، ص٢٣٠ .

القول الأول : لا تنفسخ الإجارة في المدة الماضية . وهذا مذهب الـشافعية فـي الأظهـر[١] ، والحنابلة في الصحيح من المذهب[٢] .

وجه هذا القول :

١- إن المدة الماضية قد استقرت بالقبض : وذلك باستيفاء منفعتها ، فلا تنفسخ الإجارة فيها[٣].

٢- إن بعض المعقود عليه قد تلف قبل قبضه ، وهذا فيما يخص المدة الباقية ، كما أن بعـضه الآخر قد تم قبضه واستيفاؤه ، وهذا بالنسبة للمدة الماضية ، فيبطل العقد فيمـا تلـف دون مـا قبض؛ كما لو اشترى صبرتين ، فقبض إحداهما ، وتلفت الأخرى قبل قبضها : حيـث ينفـسخ البيع في التالفة دون الأخرى فكذلك هنا[٤] .

القول الثاني : تنفسخ الإجارة في المدة الماضية .وهذا قول في كل من مـذهبي الـشافعية[٥] ، والحنابلة[٦] .

وجه هذا القول : أن العقد واحد ، وقد انفسخ في بعضه ، فلينفسخ في باقيه[٧] .

والصواب ما ذهب إليه أصحاب القول الأول ؛ لما ذكروه . يؤيد ذلك أن الموجب للانفساخ هـو فوات المعقود عليه قبل قبضه ، وهذا أمر متحقق بالنسبة للمدة الباقية من الإجارة ، ولكنه منتفٍ تماماً في تلك المدة الماضية ؛ لأن منافعها قد قبضت باستيفائها ، فليس ثمة مـا يـدعو للقـول بالانفساخ .

---

[١] النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٤٨١ . ابن المقري ، روض الطالب ، ج٥ ، ص٤٤٦ . المليبـاري، فتح المعين ، ج٣ ، ص٢٠٨ .

[٢] السامري ، المستوعب ، ج٢ ، ص٣٢٦ . الزركشي ، شرح الزركـشي ، ج ٤ ، ص٢٣٠ . المـرداوي ، الإنصاف ، ج٦ ، ص٥٧ .

[٣] الرملي ، غاية البيان ، ص٣٣٢ . البصير ، النهاية ، ص٢٠٣ .

[٤] ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص٢٧٣ . ابن مفلح ، المبدع ، ج٤ ، ص٤٤١ .

[٥] ابن الملقن ، عجالة المحتاج ، ج٢ ، ص٩٤٢ . المحلي ، كنز الـراغبين ، ج٣ ، ص١٢٧ . الـشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٤٨١.

[٦] ابن مفلح ، الفروع ، ج٧ ، ص١٦١ . ابن مفلح ، المبدع ، ج٤ ، ص٤٤٢ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٦، ص٥٨ .

[٧] ابن الملقن، عجالة المحتاج ، ج٢ ، ص٩٤٢ . السيوطي ، شرح التنبيه ، ج٢ ، ص٤٨٥ .

وبهذا يجاب عن دليل القول الثاني ، فإن الموجب للانفساخ في بعض العقد ليس متحققاً في بعضه الآخر ، فيكون قياس بعض العقد على بعضه الآخر قياساً مع الفارق .

وتظهر فائدة هذا الاختلاف فيما يجب من الأجرة بالنسبة لتلك المدة الماضية : فعلى القول بعدم الانفساخ ، يجب قسط المدة الماضية من الأجرة المسماة[١] . في حين تسقط الأجرة المسماة ، وتجب أجرة مثلها عند من يقول بالانفساخ[٢] .

وإذا كان القول المختار هو عدم انفساخ الإجارة في المدة الماضية ، فإن الواجب حينئذ هو قسط تلك المدة من الأجرة المسماة . ولمعرفة كيفية احتسابها فإنه ينظر : إن كانت الأجرة المسماة متساوية في جميع مدة الإجارة ، فعلى المستأجر بقدر ما مضى مما قد استوفاه : فإن كان قد مضى نصف المدة ، فعليه نصف الأجرة المسماة . وإن كان قد مضى الثلث ، فعليه ثلثها وهكذا؛ كما يقسم الثمن على ما هلك من المبيع المتساوي . أما إن كانت الأجرة المسماة مختلفة : كما لو أجر داراً ، وكانت أجرتها في الصيف أكثر من أجرتها في الشتاء – فإنه ينظر إلى أجرة مثل المدة الماضية والباقية وقت العقد ، وإلى نسبة أجرة مثل المدة الماضية من أجرة مثل المدتين ، ثم يجب مثل تلك النسبة من الأجرة المسماة : فلو أجر داراً لفصلي الصيف والشتاء ، ثم انهدمت بعد انقضاء الصيف ، وكانت أجرة مثلها في الصيف مائة درهم، وأجرة مثلها في الشتاء خمسين درهماً ، فإن نسبة أجرة مثل المدة الماضية من أجرة مثل المدتين هي الثلثان ، فيجب من الأجرة المسماة حينئذ ثلثاها[٣] .

---

[١] النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٤٨١ . الغزي ، شرح ابن قاسم الغزي ، ص١٢٨ . البهوتي ، كشاف القناع ، ج٤ ، ص٣٢ . هذا ، ويتفق الحنفية – عند من يقول منهم بانفساخ الإجارة بتلف كل العين المستأجرة - ، والمالكية مع أصحاب القول الأول في هذا ، وإن لم ينصوا صراحة على عدم انفساخ الإجارة في المدة الماضية.

انظر : الطحاوي ، مختصر الطحاوي ، ص١٢٨ . القدوري ، مختصر القدوري ، ص١٠٥ . النفراوي ، الفواكه الدواني ، ج٢ ، ص ١٨٥ . العدوي ، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ، ج٢ ، ص٢٥٥ .

[٢] الرافعي ، العزيز ، ج٦ ، ص١٦٤ . السيوطي ، شرح التنبيه ، ج٢ ، ص٤٨٥ .

[٣] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٧ ، ص٣٩٩ . ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج٢ ، ص٤٦٤ . ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص٢٧٣ . البهوتي ، إرشاد أولي النّهى ، ج٢ ، ص٨٣٨ .

أما إذا وقع التلف بعد القبض ، وانقضاء المدة ، فإن الإجارة قد مضت صحيحة ، فلا تنفسخ، وعلى المستأجر الأجرة[١] .

وتجدر الإشارة إلى أن القول بانفساخ الإجارة بتلف كل العين المستأجرة يستوي فيه أن يكون التلف بآفة سماوية ، أو بفعل المستأجر[٢] . وإن كان يلزمه ضمانها ؛ لتعديه . بخلاف تلفها بآفة سماوية : حيث يكون ضمانها من المؤجر ؛ لأن المستأجر أمين ، فلا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير[٣] .

فإن قيل : إن المشتري إذا أتلف المبيع صار قابضاً له ، فلا ينفسخ البيع ، ويلزمه الثمن – كما تقدم آنفاً[٤]-، فهلا كان المستأجر كذلك ؟

أجاب الشافعية عن هذا الإشكال فقالوا : إن البيع وارد على العين ، وهي موجودة يمكن إتلافها، فإذا أتلفها المشتري صار قابضاً لها . أما الإجارة فإنها واردة على المنافع ، ومنافع الزمن المستقبل معدومة ، فلا يتصور إتلافها[٥] .

بقي أن يقال : إن ما تقدم من أحكام إنما هو في الإجارة الواردة على معين : كالدار ، وكما لو استأجر دابة فقال : استأجرت منك هذه الدابة . أما إذا كانت الإجارة واردة على عين موصوفة في الذمة : كأن أجره دابة صفتها كذا وكذا ، ثم سلّمه دابة بتلك الصفات فتلفت[٦] – فإن الإجارة لا تنفسخ ، وعلى المؤجر أن يأتي ببدلها ؛ لأن العقد لم يرد على عينها ، وإنما على منافع في الذمة، وقد سلمها المؤجر ؛ ليقيم منافعها مقام ما في ذمته ، فإذا هلكت بقي ما في ذمته بحاله ، فكان عليه أن يأتي بغيرها . فإن تعذر الإتيان ببدلها ، فللمستأجر الفسخ ؛ كما

---

(١) الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٧ ، ص٣٩٨ . البغوي ، التهذيب ، ج٤ ، ص٤٣٥ .

(٢) الرافعي ، العزيز ، ج٦ ، ص١٦٥ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٤٨١ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص٣١٢ . ابن قائد ، حاشية المنتهى ، ج٣ ، ص١١١ .

(٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٤ ، ص٣٢٠ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢٧٦ . الشيرازي ، المهذب ، ج٢، ص٢٦٦ . ابن عبد الهادي ، مغني ذوي الأفهام ، ص٩٥ .

(٤) انظر : ص٤٦ .

(٥) الرافعي ، العزيز ، ج٦ ، ص١٦٥ ، ص١٧٠ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٤٨١ .

(٦) أو ما يحدث في أيامنا هذه : فيمن يتعاقد مع شركات النقل على استئجار سيارة أو حافلة توصله إلى المكان الذي ينوي الذهاب إليه ، حيث لا تكون الإجارة واردة على سيارة أو حافلة بعينها ، بل على عين موصوفة في الذمة .

لو تعذر تسليم المبيع[١] .

المطلب الثاني : أثر الفوات الجزئي للمنفعة

اتفق الفقهاء[٢] – بوجه عام – على أن العين المستأجرة إذا تلف بعضها : كما لو انهدم بعض الدار ، فإن المستأجر بالخيار بين : أن يفسخها ، أو يمضي فيها .

وجه هذا الاتفاق :

١- إن المنافع المعقود عليها تحدث شيئاً فشيئاً ، فإذا حدث بالعين المستأجرة عيب : كما لو انهدم بعضها ، كان هذا العيب حادثاً بعد العقد ، وقبل القبض ، بالنسبة إلى المنافع الآتية . وحدوث العيب بعد العقد ، وقبل القبض ، يوجب الخيار في البيع فكذلك هنا[٣] .

٢- ولأن المستأجر يلحقه ضرر بنقصان المنفعة ، فيكون له الخيار[٤] .

٣- ولأن الصفقة قد تفرقت على المستأجر بانهدام بعض الدار ، فيكون له الخيار[٥] .

الاتفاق المتقدم إنما هو على جهة العموم : ذلك أن القول بالتخيير ليس مطرداً في جميع صور تلف بعض العين المستأجرة ، فإن من الفقهاء من لا يقول بالتخيير في بعض تلك الصور ، وإن كان يقول به في بعضها الآخر :

فالحنفية[٦] يقولون بالتخيير إذا كان تلف بعض العين المستأجرة يضر بالانتفاع بها ، أما إذا لم يكن مضراً به فلا خيار . ومثّلوا له بسقوط حائط من الدار لم يكن محتاجاً إليه في السكنى.

---

[١] السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج٢ ، ص٥٣٥ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٤ ، ص٣٤٠ . ابن جزي ، قوانين الأحكام الشرعية ، ص٣٠٣ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٥ ، ص٣٧٨ . الحصني ، كفاية الأخيار، ج١ ، ص٢٩٦ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٤٧٢ ، ص٤٨١ . ابن قدامة ، المغني ، ج٥، ص٢٨٥. البهوتي ، كشاف القناع ، ج٤ ، ص٣٥ .

[٢] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٤ ، ص٢٩٩ . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٩ ، ص١٣٠ . ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات ، ج٢ ، ص٢١٥ – ص٢١٦ . البناني ، حاشية البناني ، ج٧ ، ص٩٣ . القليوبي ، حاشية القليوبي ، ج٣ ، ص١٢٨ . البكري ، حاشية إعانة الطالبين ، ج٣ ، ص٢٠٧ . المرداوي ، التنقيح المشبع ، ص١٦٦ . ابن يوسف ، غاية المنتهى ، ج٢ ، ص٢١١ .

[٣] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٤ ، ص٢٩٩ . القاري ، فتح باب العناية ، ج٢ ، ص٤٤٢ .

[٤] الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص٢٦١ .

[٥] البهوتي ، كشاف القناع ، ج٤ ، ص٣٣ .

[٦] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٤ ، ص٣٠٠ . البابرتي ، العناية ، ج٩، ص١٤٧ .

وقد ورد مثل هذا المعنى عند **الشافعية**[١]**:** حين نصوا على ثبوت الخيار متى كان تلف البعض ينقص المنفعة نقصاناً تتفاوت به الأجرة . ومثّلوا له : بانكسار دعائم الدار ، وانهدام بعض جدرانها ، وسقوط حائط منها .

أما **المالكية**[٢] فذكروا في ذلك تقسيماً وتفصيلاً فقالوا : إذا انهدم بعض الدار : فإما أن يكون الهدم يسيراً ، أو كثيراً . فإذا كان يسيراً ، فهو على ثلاثة أقسام :

١- ما لا مضرة فيه على الساكن ، ولا ينقص من قيمة الكراء . كما لو انهدمت شرفات البيت[٣]، ولم تنقص من قيمة الكراء شيئاً . فهذا لا خيار فيه للمستأجر ، ولا يحط عنه شيء .

٢- ما لا مضرة فيه على الساكن ، إلا أنه ينقص من قيمة الكراء . كما لو انهدمت شرفات البيت ،وأنقصت من قيمة الكراء ، أو انهدم ما فيه جمال كالبياض . فهذا لا خيار فيه للمستأجر ، ويحط عنه من الأجرة بقيمة ذلك .

وقد بين العدوي كيفية معرفة ما يحط عن المستأجر من الأجرة بقوله : "بأن يقال : ما قيمة كرائها بذلك – أي مع ذلك الذي انهدم قبل انهدامه -؟ فيقال : عشرة . وما قيمة كرائها بدون ذلك ؟ فيقال : تسعة . فيسقط عن المكتري عشر الكراء المسمى"[٤] .

٣- ما فيه مضرة على الساكن . كما لو انهدم يسير من الجدران وأضرّ به . فللمستأجر الخيار .

أما إذا كان الهدم كثيراً ، فهو أيضاً على ثلاثة أقسام :

١- أن يعيب السكنى ، وينقص من قيمة الكراء ، ولا يبطل شيئاً من منافع الدار . كذهاب تبليطها ، وتجصيصها . فللمستأجر الخيار .

٢- أن يبطل بعض المنافع . كانهدام بيت منها . فلا خيار للمستأجر ، ويحط عنه من الأجرة بقيمة ذلك .وهذا إذا لم يكن فيه ضرر كبير على المستأجر وإلا فله الخيار .

٣- أن يبطل أكثر المنافع . فيكون للمستأجر الخيار .

---

(١) الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص٢٦١ . الرافعي ، العزيز ، ج٦ ، ص١٦٢ .

(٢) ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، ج٢ ، ص٢١٥-ص٢١٦ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢٨٠ . الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٧ ، ص٣٠٨ ، ص٣٠٩ ، ص٣١٠ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٥ ، ص٤١٢ – ص٤١٣ .

(٣) شرفات البيت : هي "التي تجعل فوق حائطه ؛ لتزيينه" . انظر : الآبي ، جواهر الإكليل ، ج٢ ، ص٢٩٥.

(٤) العدوي ، حاشية العدوي على الخرشي ، ج٧ ، ص٣٠٨ .

أما **الحنابلة**[١] فأطلقوا القول بثبوت الخيار إذا انهدم البعض. ومثّلوا له بانهدام بيت من الدار.

والذي يظهر هو صحة ما ذهب إليه الحنفية من أن محل ثبوت الخيار إذا كان تلف بعض العين المستأجرة يضر بالانتفاع بها وإلا فلا خيار ؛ لأن المعقود عليه في الإجارة هـو المنفعـة دون العين المستأجرة ، فإذا تلف بعضها ، ولم يضر ذلك بالمنفعة ، كان النقص حاصلاً بـالعين دون المنفعة ، والنقص بغير المعقود عليه لا يثبت الخيار[٢] .

وهذا توجيه سديد ؛ لأن المبحوث في هذه المسألة هو الفوات الجزئي لمحل عقد الإجارة ، فمتى تلف بعض العين ولم يضر بالمنفعة ، لم يكن ذلك فواتاً جزئياً لمحل العقد ، فيكون البحث فيـه حينئذ خروجاً عن المسألة .

من هنا ، فإن ما أورده المالكية من القسمين الأول والثاني من الهدم اليسير ليس فيه فوات جزئي لمحل عقد الإجارة ؛ لأن المنفعة لم يفت منها شيء ، وإن كنا نوافقهم على الحكم المذكور فيهما.

أما القسم الأخير من الهدم اليسير ، فنوافقهم على إثبات الخيار فيه إذا أضـر الهـدم اليـسير بالمنفعة، فتضرر به المستأجر تبعاً لذلك .

هذا بخصوص الأقسام الثلاثة التي أوردها المالكية في الهدم اليسير . أما الأقسام الثلاثة الأخرى التي ذكروها في الهدم الكثير فيقال فيها ما يلي : أما القسم الأول فنوافقهم على إثبات الخيار فيه؛ لأن تعيب السكنى يضر بالمنفعة ، فيكون للمستأجر الخيار .

أما ما ذكروه في القسم الثاني من التفصيل بين أن يلحق المستأجر ضرر كبير أو لا فغير مسلم ، بل نقول بإثبات الخيار فيه مطلقاً ؛ لأن الغالب أن انهدام بيت من الدار يضر بالمنفعة فيتـضرر به المستأجر ، وهذا كافٍ للقول بالتخيير .

ونوافقهم على إثبات الخيار في القسم الثالث ، إلا أنه ينبغي تقييده بإمكان السكنى في الباقي وإلا فإن الإجارة تنفسخ ،كما ذكر بعض الشافعية[٣].وهذا يقال في كل موضع يثبت فيه الخيار.

---

[١] ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج٣ ، ص١٠٧ . البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٢٦٥ .

[٢] الشلبي ، حاشية الشلبي ، ج٦ ، ص١٥٦ . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٩ ، ص١٣١ .

[٣] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٧ ، ص٤٠٠ . البيجوري ، حاشية البيجوري ، ج٢ ، ص٥٥- ص٥٦ .

أما إطلاق الحنابلة القول بثبوت الخيار إذا انهدم البعض ، فينبغي أن يقيد بالانهدام الذي يضر بالانتفاع وإلا فلا خيار . ويدل على صحة هذا التقييد ، تمثيل الحنابلة بانهدام بيت من الدار : إذ الغالب أن ذلك يضر بالانتفاع .

ومتى ثبت الخيار للمستأجر فإن له أن يفسخ ، وله أن يمضي في الإجارة . فإن اختار الإمضاء فقد اختلف الفقهاء فيما يلزمه من الأجرة على قولين :

القول الأول : يلزم المستأجر جميع الأجرة .وهذا مذهب الحنفية[١] ،والمالكية[٢]، والشافعية[٣].

وجه هذا القول : أن المستأجر إذا اختار الإمضاء ، فقد رضي بالمعقود عليه مع العيب ، فيلزمه جميع البدل ؛ كما لو رضي المشتري بالعيب : يلزمه جميع الثمن فكذلك هنا[٤] .

القول الثاني : يلزم المستأجر من الأجرة قسط الباقي فقط : بأن تقسط الأجرة على ما انهدم ، وعلى ما بقي ، فيسقط قسط ما انهدم ، ويلزمه قسط الباقي . وهذا مذهب الحنابلة[٥] .

وجه هذا القول : أن المستأجر إذا اختار الإمضاء ، فقد رضي بالباقي ناقصاً ، فيلزمه قسطه فقط ؛ كما لو رضي بالمبيع معيباً[٦] .

ويجاب عن هذا القياس : بأن حكم الأصل فيه غير مسلم ؛ فإن المشتري إذا رضي بالمبيع المعيب ، يلزمه جميع الثمن ، ولا يملك أن يحط منه شيئاً مقابل العيب ، ومن ثم لا يكون القياس صحيحاً .

من هنا، فإنني أختار ما ذهب إليه أصحاب القول الأول ؛ لما ذكروه . سيما وأن المستأجر يملك الفسخ ، فلا يكون إلزامه بجميع الأجرة إذا أجاز مجحفاً به .

---

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٤ ، ص٢٩٩ . ابن مودود ، الاختيار ، ج٢ ، ص٦١ . نظام وجماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية ، ج٤ ، ص٥١٩ .

(٢) ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، ج٢ ، ص٢١٥ ، ص٢١٦ . البناني ، حاشية البناني ، ج٧ ، ص٩٣ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٥ ، ص٤١٣ .

(٣) البغوي ، التهذيب ، ج٤ ، ص٤٣٦ . الرافعي ، العزيز ، ج٦ ، ص١٦٢ ، ص١٦٥ . النووي ، روضة الطالبين ، ج٤ ، ص٣٠٩ ، ص٣١١ .

(٤) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٤ ، ص٢٩٩ – ص٣٠٠ . الرافعي ، العزيز ، ج٦ ، ص١٦٥ .

(٥) الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص٣١١ . ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج٣ ، ص١٠٧ . البهوتي ، كشاف القناع ، ج٤ ، ص٣٣ .

(٦) البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٢٦٥ . الرحيباني ، مطالب أولي النهى ، ج٣ ، ص٦٦٨ .

وإذا كان سبب ثبوت الخيار هو تلف بعض العين الضار بالانتفاع ، فإن الخيار يزول بزواله: كما لو انهدم بعض الدار ، فبادر المؤجر إلى بنائه قبل الفسخ ، فإن الإجارة لازمة ، وليس للمستأجر الفسخ ؛ لأن الموجب للخيار قد زال ، فيزول به الخيار[١] .

موقف القانون المدني الأردني

نص القانون المدني الأردني على أثر فوات المنفعة كلياً أو جزئياً في المادة (٦٩٧) :

"١- إذا فات الانتفاع بالمأجور كله سقطت الأجرة عن المستأجر من وقت فوات المنفعة .

٢- فإذا كان فوات المنفعة جزئياً وبصورة تؤثر في استيفاء المنفعة المقصودة كان له فسخ العقد ، وتسقط الأجرة من تاريخ الفسخ .

٣- فإذا أصلح المؤجر المأجور قبل الفسخ سقط عن المستأجر من الأجر بمقدار ما فات من منفعة ، ولا خيار له في الفسخ" .

---

[١] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٤ ، ص٣٠٠ . ابن مودود ، الاختيار ، ج٢ ، ص٦١ . خليل ، مختصر خليل، ص٢٨٠ . الزرقاني ، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ، ج٧ ، ص٩٧ . الأنصاري ، الغرر البهية ، ج٦ ، ص٣٢٤. الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٤٨٢ .

المبحث الرابع : أثر فوات محل عقد الحوالة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أثر فوات الدين المحال به

المطلب الثاني : أثر فوات الدين المحال عليه

تعريف الحوالة

الحوالة لغة : مأخوذة من التحول : وهو الانتقال من موضع إلى موضع ، يقال : تحـول مـن مكانه : أي انتقل عنه ، وحولته تحويلاً : أي نقلته من موضع إلى موضع ، وأحلته بدينـه : أي نقلته إلى ذمة غير ذمتك[١] .

واصطلاحاً : "عقد يقتضي نقلَ دينٍ من ذمة إلى ذمة أخرى"[٢] .

والحوالة لا بد فيها من : المحيل : وهو المدين ، والمحال : وهو الدائن ، والمحال عليه : وهـو الذي يحيل عليه المحيلُ المحالَ ، والدين المحال به : وهو الدين الذي للمحال علـى المحيـل ، والدين المحال عليه : وهو الدين الذي للمحيل على المحال عليه[٣] .

محل عقد الحوالة : الدين المحال به ، والدين المحال عليه . وقد يفوت كلٌ منهما أصالة ، وقـد يفوت عرضاً . وسنتناول الحديث عن أثر فواتهما في المطلبين التاليين[٤]:

المطلب الأول : أثر فوات الدين المحال به

الفرع الأول : أثر فوات الدين المحال به أصالة

يراد بفوات الدين المحال به أصالة : أن يتبين براءة المحيل من الدين المحال به بـأمر سـابق للحوالة . كما لو أحال المشتري البائع بالثمن على غريم له ، فبان البيع باطلاً : كأن ظهـر أن المبيع مستحق ، أو خمر . فإن الحوالة تبطل حينئذ باتفاق الفقهاء[٥] .

---

[١] الجوهري ، الصحاح ، ج٤ ، ص١٣٧٦ ، مادة (حول) . الفيومي ، المـصباح المنيـر ، ج١ ، ص٢١٦ ، مادة (حول) .

[٢] الشربيني ، الإقناع ، ج٢ ، ص٧٨ .

[٣] الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٢٦٣ . فخر الدين بن تيمية ، بلغة الساغب ، ص٢٠٤ .

[٤] استفدت في كيفية تقسيم مطالب هذا المبحث من الموسوعة الكويتية ، ج١٨ ، ص٢٣٤ وما بعدها ، مصطلح (حوالة) .

[٥] الزرقاني ، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ، ج٦ ، ص٣٨ . الدسوقي ، حاشية الدسـوقي ، ج٤، ص٥٣٤ . الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٦ ، ص٤٢٥ . ابن النجـار ، منتهـى الإرادات ، ج٢ ، ص٤٤٤ . البهوتي ، الروض المربع ، ص٣٠٢ .

وجه ذلك : أن البيع إذا بطل تبين أن لا ثمن على المشتري المحيل ، والحوالة فرع عن الـثمن، فإذا بطل الأصل بطل فرعه[١] .

وإذا بطلت الحوالة فإن المشتري المحيل يرجع على غريمه المحال عليه ، لا على البائع المحال ؛ لأن الحوالة لما بطلت وجب بقاء حقه على ما كان[٢] .

الفرع الثاني : أثر فوات الدين المحال به عرضاً

أقوال الفقهاء وأدلتهم

يراد بفوات الدين المحال به عرضاً : سقوطه عن المحيل بأمر عارض بعد الحوالة . كمـا لـو أحال المشتري البائع بالثمن على غريم له ، ثم رد المبيع بعيب . فإن الفقهـاء مختلفـون فـي انفساخ الحوالة حينئذ على قولين :

القول الأول : تنفسخ الحوالة . وهذا مذهب الحنفية[٣] ، والمالكية[٤] ، والشافعية في الأظهـر[5]، وهو وجه عند الحنابلة إذا لم يكن المحال قد قبض مال الحوالة بعد[٦] .

وجه هذا القول :

١- إن الحوالة وقعت بالثمن ، فإذا رد المشتري المبيع سقط الثمن ، فوجب أن تبطل الحوالـة ؛ لذهاب حق المحال من المال المحال به ؛ ولعدم تعلق حق لغير المتعاقدين (البائع ، والمـشتري) به[٧] .

٢- و"لأن الحوالة تمت بالبائع ، والمشتري ، وقد اتفقنا في الرد بالعيب على إبطـال سـببها ، فوجب أن تبطل ، ولا يجوز أن ينفسخ البيع في الرد بالعيب ويكون البائع على حقه من استيفاء الثمن"[١] .

---

[١] التنوخي ، الممتع ، ج٣ ، ص٢٧٠ . البهوتي ، كشاف القناع ، ج٣ ، ص٤٥٢ .

[٢] التنوخي ، الممتع ، ج٣ ، ص٢٧٠ . البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص١٣٧ .

[٣] ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٦ ، ص٤٢٤ .

[٤] الزرقاني ، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ، ج٦ ، ص٣٨ . البناني ، حاشـية البنـاني ، ج٦ ، ص٣٧ – ص٣٨ .الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤ ، ص٥٣٤ .

[5] المزني،مختصر المزني،ص١٦٨.النووي،منهاج الطالبين ،ج٢ ،ص٢٦٦ . ابن المقري ، الإرشاد ، ص٩٢.

[٦] الكلوذاني ، الهداية ، ص١٥٤ . السامري ، المستوعب ، ج٢ ، ص٢١٨ . فخر الدين بـن تيميـة ، بلغـة الساغب ، ص٢٠٤ .

[٧] الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص١٤٥ . ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٣٧٦ .

٣- وقياساً على ما لو بان البيع باطلاً[٢] : فإن الحوالة تبطل – كما تقدم في أثر فـوات الـدين المحال به أصالة - فكذلك ههنا .

القول الثاني : لا تنفسخ الحوالة ، بل هي على حالها من الصحة . وهذا قول عند الـشافعية[٣]، ومذهب الحنابلة إذا كان المحال قد قبض مال الحوالة ، وكذا إن لم يكن قبضه على الصحيح من مذهبهم[٤] .

وجه هذا القول :

١- إن المشتري المحيل قد تصرف في أحد عوضي البيع وهو الثمن : وذلك حين أحال البـائع به على غريمه ، فلا يبطل هذا التصرف بالرد بالعيب ؛ كما لو اشترى شخص سلعة بثوب ، فقبضها وباعها لآخر ، ثم وجد البائع بالثوب عيباً فرده ، لم يبطل البيع الثاني فكذلك ههنا[٥] .

٢- إن البائع المحال قد استبدل ما على الغريم المحال عليه بالثمن الذي له على المحيل ، فـلا يبطل هذا الاستبدال برد المبيع ؛ كما لو باع شخص آخر سلعة ، ثم استبدل ثوباً بالثمن ، ثم رد المشتري السلعة بعيب ، فإن المشتري يرجع بالثمن ، ولا يبطل الاستبدال فكذلك ههنا[٦] .

٣- ولأن البيع لم يرتفع أصالة ، فلم يسقط الثمن ، فلا تبطل الحوالة[٧] .

٤- و "لأن الحق انتقل عن المحيل فلم يعد إليه ، وثبت للمحتال فلم يزل عنه"[١] .

---

[١] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٦ ، ص٤٢٤ .

[٢] ابن مفلح ، الفروع ، ج٦ ، ص٤١٧ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص٢٠٦ .

[٣] الغزالي ، الوسيط ، ج٣ ، ص٢٢٥ . النووي ، روضة الطالبين ، ج٣ ، ص٤٦٧ . الرملي ، نهاية المحتاج، ج٤ ، ص٤٢٩ .

[٤] المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص٢٠٥ . الشويكي ، التوضيح ، ج٢ ، ص٦٧٣ – ص٦٧٤ . الحجـاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص١٩٠ – ص١٩١ .

[٥] الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص١٤٥ .

[٦] ابن الملقن ، عجالة المحتاج ، ج٢ ، ص٨١٣ . ابن قدامة ، الكافي ، ج٢ ، ص١٢٦ . ابن قندس ، حاشـية ابن قندس ، ج٦ ، ص٤١٦ .

[٧] البهوتي ، كشاف القناع ، ج٣ ، ص٤٥٣ . الرحيباني ، مطالب أولي النهى ، ج٣ ، ص٣٢٩ .

[١] ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٣٧٣ . البهوتي ، كشاف القناع ، ج٣ ، ص٤٥٣ .

٥- ولأن الحوالة بمنزلة القبض : فالمحيل إذا أحال المحالَ بدينه فكأنه أقبضه إياه فينبغي أن لا تبطل[٢] .

المناقشة والقول المختار

يمكن مناقشة ما استدل به أصحاب القول الثاني على النحو التالي :

١- أما القياس على ما لو اشترى شخص سلعة بثوب ، فقبضها وباعها ، ثم رد البائع عليه الثوب بعيب – يجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن البيع الثاني قد تعلق به حق لغير المتعاقدين : وهو المشتري الثاني ، فلا يمكن إبطاله . بخلاف الحوالة هنا : حيث لم يتعلق بها حق لغير المتعاقدين فوجب إبطالها[٣] .

٢- أما القياس على ما لو باع سلعة ، ثم استبدل ثوباً بالثمن ، ثم رد المشتري السلعة بعيب – يجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن استبدال البائع ثوباً بالثمن هو عقد بيعٍ ثانٍ ، فإذا فسخ البيع الأول ، لم يكن موجباً فسخ الآخر . وهذا بخلاف استبدال المحال ما على المحال عليه بالثمن الذي له على المحيل ؛ لأنه عقد واحد ، فإذا انفسخ بطل ما تفرع عنه[٤] .

٣- أما قولهم : إن البيع لم يرتفع أصالة ، فلم يسقط الثمن ، فلا تبطل الحوالة – يجاب عنه : بأن التعليل بعدم ارتفاع البيع أصالة تعليل بأمر لا مدخل له في العلّية ؛ لأن العلة في انفساخ الحوالة هنا هي سقوط الثمن المحال به ، وعدم تعلق حق لغير المتعاقدين به – كما ذكر أصحاب القول الأول - ، وهذه العلة متحققة سواء أكان ارتفاع البيع الذي أحيل بثمنه أصالة أم عرضاً ، لذا فإن القول بعدم سقوط الثمن ، ومن ثم فلا تبطل الحوالة لا يكون مسلماً .

٤- أما قولهم : إن الحق انتقل عن المحيل فلم يعد إليه ، وثبت للمحتال فلم يزل عنه – يجاب عنه : بأنه غير مسلم ؛ لأن الحق قد طرأ عليه ما يسقطه عن المحيل فضلاً عن أن ينتقل إلى غيره ، وبسقوط الثمن المحال به لا يبقى للمحال حق فيه ، فكيف يقال : إن الحق لم يزل عنه؟!

---

[٢] المصدران السابقان .

[٣] الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص١٤٥ .

[٤] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٦ ، ص٤٢٤ .

٥- أما قولهم : إن الحوالة بمنزلة القبض ... فينبغي أن لا تبطل – يجاب عنه : بأننا نسلم أن الحوالة بمنزلة القبض حكماً ، إلا أن هذا القبض قد طرأ عليه ما يسقطه ، فلم يبق ثمة قبض حقيقة أو حكماً حتى يقال ببقاء الحوالة .

مما تقدم ، وبعد استعراض أقوال الفقهاء ، وأدلتهم ، والمناقشة فإنني أختار ما ذهب إليه أصحاب القول الأول ؛ لما ذكروه . ويتأيد ذلك بأن المقصود من عقد الحوالة هو حصول المحال على حقه ، فإذا سقط الدين المحال به ، فقد سقط حق المحال ، فلا معنى لبقاء الحوالة. كما أن القول بصحة الحوالة وهي فرع عن الدين المحال به من شأنه الإبقاء على الفرع بعد أن سقط أصله وهذا لا يجوز .

هذا ، والقول بانفساخ الحوالة إذا رد المشتري المحيل المبيع بعيب يستوي فيه أن يكون الرد بعد قبض المبيع أم قبله ، وبعد قبض المحال مال الحوالة أم قبله[١] .

وعلى القول بانفساخ الحوالة فإنه ينظر : إذا كان المحال قد قبض المال من المحال عليه ، فليس له رده عليه ؛ لأنه قبضه بإذن المحيل . فلو رده عليه ، لم تسقط عنه مطالبة المحيل ؛ لأن المال له ، وقد قبضه المحال بإذنه ، فإذا لم يقع عن المحال وقع عنه . ويتعين حق المحيل فيما قبضه المحال ، فلا يجوز إبداله إن كان قائماً ، فإن كان تالفاً لزم المحال بدله . أما إذا لم يكن المحال قد قبض المال بعد ، فليس له حينئذ قبضه ؛ لأنه عاد إلى ملك المحيل كما كان . فلو خالف وقبض لم يقع عنه ، وفي وقوعه عن المحيل وجهان عند الشافعية :

الوجه الأول : يقع القبض عن المحيل ؛ لأنه قد أذن للمحال في القبض بجهة وهي الحوالة ، فإذا بطلت تلك الجهة بقي أصل الإذن .

الوجه الآخر وهو الأصح : لا يقع القبض عنه ؛ لعدم الحوالة ، والوكالة[٢] .

المطلب الثاني : أثر فوات الدين المحال عليه

الفرع الأول : أثر فوات الدين المحال عليه أصالة

---

[١] ابن الملقن، عجالة المحتاج ، ج٢ ، ص٨١٣ . المحلي ، كنز الراغبين ، ج٢ ، ص٥١٣ .

[٢] الرافعي ، العزيز ، ج٥ ، ص١٣٦ – ص١٣٧ . النووي ، روضة الطالبين ، ج٣ ، ص٤٦٨ . الأنصاري ، الغرر البهية ، ج٥ ، ص٤١٧ .

أقوال الفقهاء وأدلتهم

يراد بفوات الدين المحال عليه أصالة : أن يتبين براءة المحال عليه من الدين المحال عليه بأمر سابق للحوالة . كما لو أحال البائع دائنَه على المشتري بالثمن ، فبان البيع باطلاً : كأن ظهر أن المبيع مستحق ، أو خمر . فإن الفقهاء مختلفون في بطلان الحوالة على قولين :

القول الأول : تبطل الحوالة ، ويرجع الدائن المحال على البائع المحيل بدينـه . وهـذا مـذهب الحنفية[١] ، وقول أشهب من المالكية وهو المعتمد عندهم[٢] ، والشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] .

وجه هذا القول :

١- إن البائع قد أحال دائنه على المشتري بالثمن ، وببطلان البيع تبين أن لا ثمن على المشتري المحال عليه ، والحوالة فرع عن الثمن ، فإذا بطل الأصل بطل فرعه[٥] .

٢- ولأن من شرط الحوالة : أن يكون للمحيل على المحال عليه مثل ما للمحال على المحيـل، فإذا بطل البيع انتفى هذا الشرط ، فينبغي أن تبطل الحوالة[٦] .

٣- ولأن البيع إذا بطل لم يستحق المحيل قبض الثمن من المحال عليه ، فكذا من يحيله عليه[٧].

وتجدر الإشارة إلى أن محل بطلان الحوالة عند الحنفية هنا إنما هو في الحوالة المقيدة ، أما إذا كانت الحوالة مطلقة فإنها لا تبطل ؛ لأن الحوالة قد تعلقت بذمة المحال عليه لا بالـدين الـذي عليه[١] .

---

[١] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص٢٨ . نظام وجماعة من علمـاء الهنـد ، الفتـاوى الهنديـة ، ج٣ ، ص٢٨٩. ابن عابدين ، رد المحتار، ج٨ ، ص١٩ .

[٢] الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٧ ، ص٢٩ . العدوي ، حاشية العـدوي علـى الخرشـي ، ج٦ ، ص٣٠١. الأمير، الإكليل ، ص٣١٥ .

[٣] الشيرازي ، التنبيه ، ج١ ، ص٤٢١ . النووي ، منهاج الطـالبين ، ج٢ ، ص٢٦٧ . الـشربيني ، مغنـي المحتاج ، ج٢ ، ص٢٦٧ .

[٤] الحجاوي ، حواشي التنقيح ، ص١٨٤ . ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٤٤٤ . النجدي ، هدايـة الراغب ، ص٣٥٣ .

[٥] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص٢٨ . التنوخي ، الممتع ، ج٣ ، ص٢٧٠ .

[٦] الباجي ، المنتقى ، ج٦ ، ص٤٥٤ .

[٧] المصدر نفسه ، ج٦ ، ص ٤٥٤ .

[١] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص٢٨ . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٨ ، ص١٩ . يراد بالحوالة المقيدة : الحوالة التي يقيدها المحيل بالمال المحال عليه . كما لو قال المحيل لدائنه : أحلتك على فلان ؛ لتستوفي دينك

وهذا ينسجم مع ما قرره الحنفية من أنه لا يشترط وجود دين للمحيل على المحال عليه في الحوالة المطلقة ، ومن ثَمّ فلا يضرها سقوط الدين ؛ إذ هي صحيحة بدونه . وهذا بخلاف ما إذا كانت الحوالة مقيدة بدين ؛ لأنها إذا كانت كذلك فقد تعلقت الحوالة بالدين ، فإذا تبين أنه لا دين ، تبين أنه لا حوالة ضرورة[٢] .

القول الثاني : لا تبطل الحوالة ، وهي صحيحة لازمة . وهذا قول ابن القاسم من المالكية[٣].

وجه هذا القول :

١- إن الحوالة عقد لازم ، فلا يبطل في حق المحال باستحقاق سلعة لم يعاوض عليها[٤].

٢- ولأن الحوالة معروف[٥] ، فينبغي أن لا تبطل .

هذا ، ومحل الاختلاف عند المالكية في بطلان الحوالة في حالة ما إذا ظهر أن المبيع مستحق – إذا كان البائع قد باع ما يظن أنه يملكه ، أما لو باع ما يعلم أنه لا يملكه : كما لو باع سلعة لرجل ، ثم باعها لثانٍ ، وأحال عليه بالثمن ، فإن الحوالة باطلة بلا اختلاف[٦] .

المناقشة والقول المختار

يمكن مناقشة ما استدل به أصحاب القول الثاني على النحو التالي :

من المال الذي لي عنده .أما الحوالة المطلقة : فهي التي لا يقيدها بذلك . كما لوقال المحيل لدائنه : أحلتك على فلان ، ولم يقل : لتستوفي دينك من المال الذي لي عنده . انظر : الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص٢٨ . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٨ ، ص١٢ ، ص١٨ .

[٢] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص٢٨ . ابن عابدين ، منحة الخالق ، ج٦ ، ص٤٢٤ .

[٣] مالك ، المدونة الكبرى ، ج٤ ، ص١٢٨ – ص١٢٩ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢٣٤ . الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٦ ، ص٣٠٠ .

[٤] الباجي ، المنتقى ، ج٦ ، ص٤٥٤ .

[٥] الآبي ، جواهر الإكليل ، ج٢ ، ص١٦٣ . الزرقاني ، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ، ج٦ ، ص٣٧ .

[٦] الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٧ ، ص٢٩ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤ ، ص٥٣٥ .

١- أما قولهم : إن الحوالة عقد لازم ، فلا يبطل في حق المحال باستحقاق سلعة لـم يعـاوض عليها – يجاب عنه : بأننا نسلم أن الحوالة عقد لازم ، ولكن ذلك حينما تنعقد صـحيحة ، أمـا الحوالة هنا فإنها لم تنعقد[1] ؛ وذلك للأدلة التي ذكرها أصحاب القول الأول في توجيه قولهم .

٢- أما قولهم : إن الحوالة معروف فيجاب عنه : ليس في اعتبار الحوالة معروفاً مـا يقـضي بعدم بطلانها ؛ فإن الأصل إذا بطل بطل الإرفاق التابع له : كما لو باع شخص سـلعةً لآخـر بدراهم مكسرة ، فتبرع المشتري بأداء دراهم صحاح ، ثم رد السلعة بالعيـب ، فإنـه يـسترد الصحاح[2] .

أما ما ذهب إليه الحنفية من أن محل بطلان الحوالة إذا كانت مقيدة ، أما إذا كانت مطلقة فإنها لا تبطل – فغير مسلم ، بل الذي يظهر هو القول ببطلان الحوالة مطلقاً متى فات الـدين المحـال عليه أصالة ، سواء أكانت الحوالة مطلقة أم مقيدة ؛ وذلك تفريعاً على اشتراط وجود دين للمحيل على المحال عليه مطلقاً ؛ لأن عدم اشتراط ذلك في غير الحوالة المقيدة بالدين ، يجعل الحوالـة على المحال عليه حينئذ من قبيل الكفالة لا الحوالة ، والمبحوث هنا إنما هو أثر فوات محل عقد الحوالة لا الكفالة .

مما تقدم ، وبعد استعراض أقوال الفقهاء ، وأدلتهم ، والمناقشة فإنني أختـار مـا ذهـب إليـه أصحاب القول الأول ؛ لما ذكروه . ويتأيد ذلك بأن المقصود من عقد الحوالة اسـتيفاء المحـال لحقه من الدين المحال عليه ، وبسقوط هذا الدين يتعذر ذلك ، فلا يكون لبقاء الحوالـة معنـى . كما أن القول بصحة الحوالة من شأنه الإبقاء على الحوالة بعد أن فقدت شرائطها الأساسية مـن مثل : وجود دين للمحيل على المحال عليه وهذا لا يجوز .

الفرع الثاني : أثر فوات الدين المحال عليه عرضاً

أقوال الفقهاء وأدلتهم

---

[1] الباجي ، المنتقى ، ج٦ ، ص٤٥٤ .

[2] البغوي ، التهذيب ، ج٤ ، ص١٦٦ . الرافعي ، العزيز ، ج٥ ، ص١٣٤ .

يراد بفوات الدين المحال عليه عرضاً : سقوطه عن المحال عليه بأمر عارض بعد الحوالة . كما لو أحال البائع دائنَه على المشتري بالثمن ، ثم رد المشتري المحالُ عليه المبيع بعيب . فإن الفقهاء مختلفون في انفساخ الحوالة على قولين :

القول الأول : لا تنفسخ الحوالة ، وهي على حالها من الصحة ، ويرجع المشتري المحالُ عليه على البائع المحيل بما أداه للمحال . وهذا مذهب الحنفية[١] ، وقول ابن القاسم من المالكية[٢] ، والشافعية في المذهب[٣] ، والحنابلة إذا كان المحال قد قبض مال الحوالة ، وكذا إن لم يكن قبضه على الصحيح من مذهبهم[٤] .

وجه هذا القول : أن الحوالة هنا قد تعلق بها حق لغير المتعاقدين (البائع المحيل ، والمشتري المحال عليه) وهو المحال ، فلا يبطل حقه بفسخ يختص بالعاقدين ؛ كما لو اشترى شخص سلعة بثوب ، فقبضها وباعها لآخر ، ثم وجد البائع بالثوب عيبا فرده ، لا يبطل البيع الثاني ؛ لأنه قد تعلق به حق لغير المتعاقدين وهوالمشتري الثاني فكذلك ههنا[5] .

أما كون المحال عليه يملك الرجوع على المحيل بما أداه للمحال ؛ فلأنه قد قضى دينه بأمره ، فكان له الرجوع عليه[٦] .

هذا ، ومحل عدم انفساخ الحوالة هنا عند الحنفية : إذا كانت الحوالة مطلقة ، أو مقيدة بدين : كما في المثال المذكور في أول المسألة وكان البائع قد قيد الحوالة بالثمن الذي على المشتري، أو كانت الحوالة مقيدة بعين مضمونة : كما لو غصب محمود من وليد عيناً ، ثم أحال وليد دائنه

---

[١] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص٢٨ . ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٦ ، ص٤٢٤ . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٨ ، ص١٩ .

[٢] ابن الحاجب ، جامع الأمهات ، ص٣٩٠ . القفصي ، لباب اللباب ، ص٢١٣ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢٣٤ .

[٣] البغوي ، التهذيب ، ج٤ ، ص١٦٦ . النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٢٦٧ . المحلي ، الفروع ، ج١، ص٢٢١ .

[٤] المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص٢٠٥ . الشويكي ، التوضيح ، ج٢ ، ص٦٧٣ – ص٦٧٤ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص١٩٠ – ص١٩١ .

[5] البغوي ، التهذيب ، ج٤ ، ص١٦٦ . الرافعي ، العزيز ، ج٥ ، ص١٣٦ . ابن قدامة ، الكافي ، ج٢ ، ص١٢٦ .

[٦] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص٢٨ . ابن عابدين ، منحة الخالق ، ج٦ ، ص٤٢٤ .

على محمود وقيد الحوالة بالعين المغصوبة التي له عند محمود ، ثم هلكت هذه العين ، فإن الحوالة لا تنفسخ ؛ لأن الحوالة قد تعلقت بعين مضمونة ، والعين المضمونة إذا هلكت يجب بدلها من المثل أو القيمة ، فيقوم بدلها حينئذ مقامها وتتعلق به الحوالة . أما إذا كانت الحوالة مقيدة بأمانة : كما لوكان لوليد عند محمود وديعة ، ثم أحال وليد دائنه على محمود وقيد الحوالة بالوديعة ، ثم هلكت بدون تعدٍ أو تقصير من محمود ، فإن الحوالة تنفسخ ؛ لأن الحوالة قد تعلقت بأمانة ، والأمانة غير مضمونة عند هلاكها بدون تعدٍ أو تقصير من الأمين ، فلا يكون لها بدل يقوم مقامها حتى تتعلق به الحوالة[١] .

القول الثاني : تنفسخ الحوالة ، ويرجع الدائن المحال على البائع المحيل بدينه . وهذا قول أشهب من المالكية وهو المعتمد عندهم[٢] ، وقول عند الشافعية[٣] ، ووجه عند الحنابلة إذا لم يكن المحال قد قبض مال الحوالة بعد[٤] .

وجه هذا القول :

١- إن البائع قد أحال دائنه على المشتري بالثمن ، فإذا رد المشتري المبيع سقط الثمن ، فوجب أن تنفسخ الحوالة[٥] .

٢- وقياساً على ما لو بان البيع باطلاً[٦] : فإن الحوالة تبطل – كما تقدم في أثر فوات الدين المحال عليه أصالة – فكذلك ههنا .

المناقشة والقول المختار

يمكن مناقشة ما استدل به أصحاب القول الثاني على النحو التالي :

---

[١] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص٢٨ . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٨ ، ص١٩ .

[٢] ابن أبي زيد القيرواني ، النوادر والزيادات ، ج١٠ ، ص١٥٧ . المواق ، التاج والإكليل ، ج٧ ، ص٢٩. العدوي ، حاشية العدوي على الخرشي ، ج٦ ، ص٣٠١ .

[٣] الرافعي ، العزيز ، ج٥ ، ص١٣٦ . النووي ، روضة الطالبين ، ج٣ ، ص٤٦٧ – ص٤٦٨ . المحلي ، كنز الراغبين ، ج٢ ، ص٥١٣.

[٤] ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٣٧٧ . أبو البركات ، المحرر ، ج١ ، ص٤٩٧ . ابن مفلح ، الفروع ، ج٦ ، ص٤١٦ – ص٤١٧ .

[٥] ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٣٧٧ . ابن مفلح ، المبدع ، ج٤ ، ص٢٥٦ .

[٦] ابن مفلح ، الفروع ، ج٦ ، ص٤١٧ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص٢٠٦ .

١- أما قولهم : إن الحوالة على المشتري كانت بالثمن ، وبرد المبيع يسقط الثمن ، فيجب أن تنفسخ – يجاب عنه : نسلم أن الثمن الذي كانت به الحوالة قد سقط برد المبيع ، ومقتضى ذلك أن تنفسخ ، إلا أن ذلك قد منع منه مانع : وهو أن الحوالة قد تعلق بها حق لغير المتعاقدين وهو المحال – كما ذكر أصحاب القول الأول - . ولهذا جاء في الفتاوى الهندية : أن عدم انفساخ الحوالة هنا إنما هو بحكم الاستحسان[1] ، مما يدل على أن القياس هو انفساخ الحوالة ، إلا أن تعلق حق لغير المتعاقدين بها قد منع من ذلك ، فاستُحسن بقاؤها .

٢- أما القياس على ما لو بان البيع باطلاً فيجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن الحوالة في حالة ما إذا فات الدين المحال عليه عرضاً ، قد انعقدت صحيحة في الابتداء ؛ لأن الدين كان ثابتاً حقيقة في وقتها ، إلا أنه قد ارتفع ؛ بسبب طارئ وهو الفسخ ، فاستصحب حكم الصحة بعد ارتفاعه . وهذا بخلاف ما إذا فات الدين المحال عليه أصالة : كما لو بان البيع باطلاً ؛ لأن الحوالة فيها لم تنعقد أصلاً ؛ لأنه لم يكن فيها دين ابتداء ؛ نتيجة لبطلان البيع ، ومن ثَم فلا دين فيها ابتداء ولا دواماً[2] .

وبهذا نعلم أن الحوالة لم يتعلق بها حق لغير المتعاقدين في حالة فوات الدين المحال عليه أصالة؛ لأنها لم تنعقد ابتداء ، فلم يتعلق بها أي حق . وهذا بخلاف فوات الدين المحال عليه عرضاً : حيث تعلق بها حق لغير المتعاقدين وهو المحال ؛ لأن الحوالة حين انعقدت صحيحة في الابتداء فقد أنشأت حقاً للمحال ، فلا يسقط بما عساه يطرأ بعد ذلك .

أما ما ذهب إليه الحنفية من أن محل عدم انفساخ الحوالة : إذا كانت مطلقة ، أو مقيدة بدين ، أو بعين مضمونة . أما إذا كانت مقيدة بأمانة فإنها تنفسخ – فإننا نوافقهم على عدم انفساخ الحوالة إذا كانت مقيدة بدين ، أما ما عدا ذلك من المواضع ، فإن الحكم فيه يتحدد بناء على كون المحال عليه مديناً للمحيل أم لا : فإذا كان المحال عليه مديناً للمحيل ، ثم فات هذا الدين بأمر عارض ، لم تنفسخ الحوالة ؛ للتوجيه الذي ذكره أصحاب القول الأول . أما إذا لم يكن مديناً له ، فإن الحوالة لم تنعقد ابتداء ؛ وذلك تفريعاً على اشتراط وجود دين للمحيل على المحال عليه ، وقد انعدم هذا الشرط فتبطل الحوالة .

---

[1] نظام وجماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية ، ج٣ ، ص٢٨٩ .

[2] الجمل ، حاشية الجمل ، ج٥ ، ص٢٤٢ . البجيرمي ، حاشية البجيرمي على المنهج ، ج٣ ، ص٢٤ .

مما تقدم ، وبعد استعراض أقوال الفقهاء ، وأدلتهم ، والمناقشة فإنني أختار ما ذهب إليه أصحاب القول الأول ؛ لما ذكروه . ويتأيد ذلك بأن القول بعدم انفساخ الحوالة يتضمن المصلحة بلا مضرة : فالمحال يستوفي دينه ، وذمة المحيل تبرأ من دين المحال ، ولا ضرر على المحال عليه ؛ لأنه يرجع بما أداه على المحيل . كما أن المواضع التي قيل فيها ببطلان الحوالة وانفساخها ، لم يتعلق فيها حق لغير المتعاقدين حتى يقال ببقائها ، بخلاف فوات الدين المحال عليه عرضاً كما تقدم بيانه آنفاً .

موقف القانون المدني الأردني

نص القانون المدني الأردني في المادة (١٠١٣) على ما يلي :

"١- تبطل الحوالة المقيدة إذا سقط الدين أو استحقت العين بأمر سابق عليها ، ويرجع المحال له بحقه على المحيل.

٢- ولا تبطل الحوالة المقيدة إذا سقط الدين أو استحقت العين بأمر عارض بعدها ، وللمحال عليه الرجوع بعد الأداء على المحيل بما أداه" .

الفصل الثاني : أثر فوات محل العقد في العقود اللازمة من جانب واحد

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : أثر فوات محل عقد الرهن

المبحث الثاني : أثر فوات محل عقد الكفالة

المبحث الأول : أثر فوات محل عقد الرهن

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أثر فوات العين المرهونة بتعد أو بتفريط من المرتهن

المطلب الثاني : أثر فوات العين المرهونة بدون تعد أو تفريط من المرتهن

تعريف الرهن

الرهن لغة : "ما وضع عند الإنسان مما ينوب مناب ما أخذ منه . يقال : رهنت فلاناً داراً رهنا، وارتهنه إذا أخذه رهناً . والجمع : رهون ، ورهان ، ورهن بضم الهاء"[١] . ومن معاني الرهن: الحبس[٢] .

واصطلاحاً : "جعل عين مال وثيقة بدين ، يستوفى منها عند تعذر وفائه"[٣] .

محل عقد الرهن : العين المرهونة . ولمعرفة أثر فواتها فإنه يفرق بين حالتين : الأولى : فواتها بتعد أو بتفريط من المرتهن . والأخرى : فواتها بدون تعد أو تفريط منه . وبيان ذلك في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : أثر فوات العين المرهونة بتعد أو بتفريط من المرتهن

اتفق الفقهاء[٤] على أن العين المرهونة إذا تلفت بتعد من المرتهن أو بتفريط منه فإنه يضمنها .

وجه هذا الاتفاق :

١- إن العين المرهونة أمانة في يد المرتهن ، فإذا تلفت بتعد أو بتفريط منه فإنه يلزمه ضمانها؛ كالوديعة[٥] .

٢- ولأن المرتهن قد أتلف مالاً مملوكاً لغيره بغير إذنه ، فيلزمه ضمانه ؛ كما لو أتلفه أجنبي[٦].

وإذا لزم المرتهن الضمان ، فإن عليه بدل العين المرهونة من : المثل ، أو القيمة .

---

[١] ابن منظور ، لسان العرب ، ج١٣ ، ص١٨٨ ، مادة (رهن) .

[٢] المصدر نفسه ، ج١٣ ، ص١٨٩ ، مادة (رهن) .

[٣] الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص١٦٦ .

[٤] السغدي ، النتف ، ج٢ ، ص٦١٠ . المرغيناني ، بداية المبتدي ، ج٤ ، ص٤٧٠ . العدوي ، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ، ج٢ ، ص٣٥٦ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤ ، ص٤١٢ . ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج ، ج٢ ، ص٢٢٧ . ابن رسلان ، الزبد ، ص٢٩٠ . الخرقي ، مختصر الخرقي ، ص٧٠ . المرداوي ، التنقيح المشبع ، ص١٤٣ . ابن حزم ، المحلى ، ج٦ ، ص٣٧٩ .

[٥] ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٢٨٢ . شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير ، ج٤ ، ص٤٤٤ .

[٦] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص٢٥٤ .

ويكون هذا البدل رهناً مكانها إن لم يكن الدين قد حل[١] ، ويبقى دين المرتهن بحاله[٢] .

واعتبار البدل رهناً يستوي فيه أن يكون البدل قد قبض أم لا . فإن قيل : إن البدل قبل قبضه يكون ديناً في ذمة المرتهن ، والدين لا يصح أن يكون رهناً . أجيب : بأن الدين إنما يمتنع رهنه ابتداء لا دواماً ، فإنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء[٣] .

أما إذا كان الدين حالاً : فإن الراهن والمرتهن يتقاصان : فإذا كان الدين ، وبدل العين المرهونة متساويين ، سقط الدين ، ولم يرجع أحدهما على الآخر . وإذا كان الدين أكثر من البدل ، سقط من الدين بقدر البدل ، ورجع المرتهن على الراهن بما بقي من الدين . وإذا كان الدين أقل من البدل ، سقط الدين ، ورجع الراهن على المرتهن بما زاد على الدين[٤] .

المطلب الثاني : أثر فوات العين المرهونة بدون تعد أو تفريط من المرتهن

اختلف الفقهاء إذا تلفت العين المرهونة في يد المرتهن بدون تعد أو تفريط منه على ثلاثة أقوال.

سبب الاختلاف

يمكن رد اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى الأسباب التالية :

١- تعارض الأحاديث في ظاهرها : فثمة أحاديث تدل على أن العين المرهونة مضمونة . في حين تدل أحاديث أخرى على أنها غير مضمونة . فمن أخذ بالأحاديث الأولى ، قال بضمان العين المرهونة ، وأجاب عن الاستدلال بالأحاديث الأخرى . ومن أخذ بالأحاديث الأخرى ، لم يقل بضمانها ، وأجاب عن الاستدلال بالأولى . وسيأتي بيان ذلك عند استعراض الأدلة .

٢- الاختلاف في تصحيح الأحاديث ، وتضعيفها : فثمة أحاديث تدل على أن العين المرهونة مضمونة . بينما تدل أحاديث أخرى على أنها غير مضمونة . فمن حكم بصحة الأحاديث

---

[١] السغدي ، النتف ، ج٢ ، ص٦١٠ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص٢٥٤ . النووي ، منهاج الطالبين، ج٢ ، ص١٨٩ . القليوبي ، حاشية القليوبي ، ج٢ ، ص٤٤١ . ابن يوسف ، غاية المنتهى ، ج٢ ، ص٩٣ . الرحيباني ، مطالب أولي النهى ، ج٣ ، ص٢٦٩ .

[٢] الجمل ، حاشية الجمل ، ج٥ ، ص١٠٦ . البجيرمي ، حاشية البجيرمي على المنهج ، ج٢ ، ص٣٨٤ .

[٣] النووي ، روضة الطالبين ، ج٣ ، ص٣٣٩ . ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج٢ ، ص٢٢٨ .

[٤] السمرقندي ، خزانة الفقه ، ج١ ، ص٢٤٣ . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج١٠ ، ص٩١ . ابن يوسف ، غاية المنتهى ، ج٢ ، ص٩٣ . الرحيباني ، مطالب أولي النهى ، ج٣ ، ص٢٦٩ – ص٢٧٠ .

الأولى، قال بضمانها ، وضعف الأخرى . ومن صحح الأحاديث الأخرى ، لم يقل بـضمانها ، وضعف الأولى . وسيتضح ذلك عند ذكر الأدلة ، ومناقشتها .

٣- الاختلاف في فهم الأحاديث : كالاختلاف في فهم قوله- صلى ا عليه وسلم- : "الرهن بما فيه"[١] . فهل المراد أن الرهن مضمون بما فيه من الدين ، فيدل ذلك على ضمانه . أم المـراد أنه محبوس بما فيه من الدين ، فلا يدل على ضمانه ؟

أقوال الفقهاء

اختلف الفقهاء إذا تلفت العين المرهونة في يد المرتهن بدون تعد أو تفريط منه على ثلاثة أقوال:

القول الأول : لا يضمنها المرتهن ، بل يكون ضمانها من الراهن ، ولا يسقط بتلفها شيء مـن دين المرتهن ، فيبقى الدين بحاله ، يرجع به المرتهن عند حلوله ، ويبطل الـرهن ، ولا يلـزم الراهن أن يرهن مكانها عيناً أخرى . وقد روي هذا القول عن : علي- رضـي ا عنـه - ، وسعيد بن المسيب ، وعطاء ، والزهري ، وأبي ثور[٢] . وهو مذهب الشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] ، وابن حزم[٥] .

القول الثاني : يضمنها المرتهن . وقد اختلف أصحاب هذا القول في كيفية ضمانها على ثلاثـة آراء :

الرأي الأول:المرهون مضمون بالأقل من قيمته يوم قبضه ومن الدين: فإذا كانت قيمته والـدين سواء ، سقط الدين ، ولم يرجع أحدهما على الآخر . وإذا كانت قيمته أكثر من الـدين ،سـقط الدين، ولم يرجع الراهن على المرتهن بما زاد على الدين .وإذا كانت قيمته أقل من الدين ، سقط من الدين بقدرها ، ورجع المرتهن على الراهن بما بقي من دينه .وقد روي هذا عن :عمر[٦] ،

---

[١] سيأتي تخريجه . انظر : ص١٤١، هامش (٣) .

[٢] ابن عبد البر ، الاستذكار ، ج٨ ، ص٧١ . الصردفي ، المعاني البديعة ، ج١ ، ص٥١٩ . ابـن قدامـة ، المغني ، ج٤ ، ص٢٨٢ . ابن حزم ، المحلى ، ج٦ ، ص٣٧٦ .

[٣] الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص١٠٥ . النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص١٨٦ – ص١٨٧ ، ص١٩٢ . ابن النقيب ، عمدة السالك ، ص٢٤٦ .

[٤] الخرقي ، مختصر الخرقي ، ص٧٠ . ابن قدامة ، المقنع ، ج٢ ، ص١٠٦ . الحجـاوي ، الإقنـاع ، ج٢ ، ص١٦٢ .

[٥] ابن حزم ، المحلى ، ج٦ ، ص٣٧١ ، ص٣٧٩ .

[٦] البيهقي ، السنن الكبرى ، كتاب الرهن ، باب من قال الرهن مضمون ، رقم (١١٢٢٨) ، ج٦ ، ص٧١ .

وعلي[١] ، وابن عمر – رضي ا عنهم[٢] - ، والنخعي ، وسفيان الثوري[٣] . وهـو مـذهب الحنفية ما عدا زفر[٤] .

الرأي الثاني : المرهون مضمون بجميع قيمته يوم قبضه : فإذا كانت قيمته والدين سواء ، سقط الدين ، ولم يرجع أحدهما على الآخر . وإذا كانت قيمته أكثر من الدين ، سقط الدين ، ورجـع الراهن على المرتهن بما زاد على الدين . وإذا كانت قيمته أقل من الدين ، سـقط مـن الـدين بقدرها ، ورجع المرتهن على الراهن بما بقي من دينه . وقد روي هذا عن : علـي[٥] ، وابـن عمر – رضي ا عنهم - ، وابن أبي ليلى ، وعبيد ا بن الحسن ، وإسحاق بن راهويه ، وأبي عبيد[٦] . وهو مذهب زفر من الحنفية[٧] .

الرأي الثالث : المرهون مضمون بجميع الدين : فإذا تلف سقط الدين كله ، سواء أكانت قيمتـه مثل الدين ، أم أقل ، أم أكثر ، ولا يرجع أحدهما على الآخر بشيء . وقـد روي هـذا عـن : شريح ، والحسن البصري ، والشعبي[٨] .

وباستعراض الآراء الثلاثة ، يتبين أن أصحابها متفقون على أن المرهون إذا تلف وكانت قيمتـه مثل الدين ، فإن الدين يسقط ، ولا يرجع أحدهما على الآخر . أما إذا كانت قيمتـه أكثـر مـن الدين، فهم متفقون أيضاً على سقوط الدين ، إلا أنهم مختلفون في رجوع الراهن على المـرتهن

---

[١] البيهقي ، السنن الكبرى ، كتاب الرهن ، باب من قال الرهن مضمون ، رقم (١١٢٣٤) ، ج٦ ، ص٧٢ .

[٢] ابن حزم، المحلى ، ج٦ ، ص٣٧٦ . وقد ذكر ابن حزم أن هذا لم يصح عن ابن عمر– رضي ا عنهما- ؛ "لأنه من رواية إبراهيم بن عمير عنه ، وهو مجهول" . انظر : المصدر نفسه ، ج٦ ، ص٣٧٨ .

[٣] عبد الرزاق ، المصنف ، كتاب البيوع ، باب الرهن يهلك ، رقم (١٥١٢٠) ، ج٨ ، ص١٨٥ .

[٤] المرغيناني ، بداية المبتدي ، ج٤ ، ص٤٦٨ . النسفي ، كنز الدقائق ، ج٧ ، ص١٤٠ . نظام وجماعة مـن علماء الهند ، الفتاوى الهندية ، ج٥ ، ص٥٣٠ .

[٥] عبد الرزاق ، المصنف ، كتاب البيوع ، باب الرهن يهلك ، رقم (١٥١١٨) ، ج٨ ، ص١٨٤ . البيهقـي ، السنن الكبرى ، كتاب الرهن ، باب من قال الرهن مضمون ، رقم (١١٢٣٠) ، ج٦ ، ص٧١ .

[٦] ابن عبد البر ، الاستذكار ، ج٨ ، ص٧٠ . المروزي ، اختلاف الفقهاء ، ص٥٦٥ – ص٥٦٦ . ابن حزم ، المحلى ، ج٦ ، ص٣٧٥ . وقد ذكر المروزي أن قول ابن عمر – رضي ا عنهما – "رواه إدريـس الأودي ، عن إبراهيم بن عمير . وإبراهيم شيخ مجهول" . انظر : المروزي ، اختلاف الفقهاء ، ص٥٦٧ .

[٧] المرغيناني ، الهداية ، ج٤ ، ص٤٦٨ . القاري ، فتح باب العناية ، ج٢ ، ص٤٧٧ . داماد أفندي ، مجمـع الأنهر ، ج٤ ، ص٢٧٢ .

[٨] عبد الرزاق ، المصنف ، كتاب البيوع ، باب الرهن يهلك ، رقم (١٥١١٦) ، ج٨ ، ص١٨٤ . العثمـاني ، رحمة الأمة ، ص١٥٠ . ابن حزم ، المحلى ، ج٦ ، ص٣٧٦ .

بما زاد على الدين : فأصحاب الرأيين الأول ، والثالث يمنعونه من ذلك . وأصحاب الرأي الثاني يثبتون له الرجوع . أما إذا كانت قيمته أقل من الدين : فأصحاب الرأيين الأول ، والثاني متفقون على سقوط قدرها من الدين ، وأن للمرتهن الرجوع على الراهن بما بقي من دينه . في حين يذهب أصحاب الرأي الثالث إلى سقوط جميع الدين ، وأن المرتهن لا يملك الرجوع على الراهن بشيء .

القول الثالث : التفصيل بين أن يكون المرهون مما يغاب عليه أولا : فإذا كان مما يغاب عليه : أي يمكن إخفاؤه : كالحلي ، والثياب ، والكتب ، فإن المرتهن يضمنه بجميع قيمته يوم قبضه : فإذا كانت قيمته والدين سواء ، سقط الدين ، ولم يرجع أحدهما على الآخر . وإذا كانت قيمته أكثر من الدين ، سقط الدين ، ورجع الراهن على المرتهن بما زاد على الدين . وإذا كانت قيمته أقل من الدين ، سقط من الدين بقدرها ، ورجع المرتهن على الراهن بما بقي من دينه . أما إذا كان المرهون مما لا يغاب عليه : أي لا يمكن إخفاؤه : كالعقار ، والحيوان ، فلا يضمنه المرتهن ، بل ضمانه من الراهن ، ولا يسقط بتلفه شيء من دين المرتهن . وقد روي هذا عن : الأوزاعي ، وعثمان البتي[١] . وهو مذهب المالكية[٢] .

ما تقدم من ضمان المرتهن لما يغاب عليه ، محله إذا لم تقم بينة على أنه قد تلف في يد المرتهن بدون تعد أو تفريط منه . أما إذا قامت البينة على ذلك ، فإن أصحاب هذا القول مختلفون في تضمين المرتهن حينئذ على قولين:[٣]

القول الأول : لا يضمن المرتهن . وهو رواية عن مالك ، وقول ابن القاسم ، وعبد الملك ، وأصبغ من المالكية ، وهو المشهور عندهم .

---

[١] ابن عبد البر ، الاستذكار ، ج٨ ، ص٦٩ ، ص٧٠ . ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ، ج٢ ، ص٢٢٤ .

[٢] ابن عبد البر ، الكافي ، ص٤١٢ – ص٤١٣ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢٢٣ . العدوي ، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ، ج٢ ، ص٣٥٥ . الدردير ، الشرح الكبير ، ج٤ ، ص٤١٠ ، ص٤١٢ .

[٣] ابن أبي زيد القيرواني ، النوادر والزيادات ، ج١٠ ، ص١٨٦ . ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ، ج٢ ، ص٢٢٤ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢٢٣ . التاودي ، حلى المعاصم ، ج١ ، ص٢٦٩ .

القول الثاني : يضمن المرتهن . وقد روي هذا عن : الأوزاعي ، وعثمان البتي . وهو روايـة عن مالك ، وقول أشهب من المالكية .

هذا ، ويرى المالكية[١] أنه لا بد من يمين المرتهن ، متهماً كان أم لا ، وسواء أكان المرهـون مما يغاب عليه أم لا : فيحلف في دعوى تلف المرهون الذي يغاب عليه : أنه تلف بلا دلْسة[٢] . ويحلف في دعوى تلف المرهون الذي لا يغاب عليه : أنه تلف بلا دلْسة ، وبلا سببه . ومحـل ذلك في غير ما ثبت تلفه بالبينة ، وإلا فلا يمين ، سواء أكان يضمنه : وذلك فيمـا إذا شـهدت البينة أنه تلف بسببه أو مجملاً ، أم لا يضمنه : وذلك فيما إذا شهدت بتلفه بغير سببه .

الأدلة

أدلة الفريق الأول

استدل أصحاب القول الأول لما ذهبوا إليه بالأدلة التالية :

١- قـال تعـالى : "[illegible]"[٣] .

وجه الدلالة : جعل ا سبحانه وتعالى الرهن بدلاً من الكتاب ، وحكم البدل حكم المبدل ؛ بدليل: الصيام في الكفارة : لما كان بدلاً من العتق ، كان كالعتق في الوجوب . وكالتيمم : لما كان بدلاً من الطهارة بالماء ، كان كالطهارة بالماء في الوجوب . وإذا تلف الكتاب لم يسقط الدين ، فكذلك إذا تلف المرهون يجب أن لا يسقط الدين[٤] .

٢- ما روي أن النبي – صلى ا عليه وسلم – قال : "لا يغْلَق الرهن[٥] ، الرهن من صاحبه

---

[١] خليل ، مختصر خليل ، ص٢٢٤ . الخرشي ، حاشية الخرشـي ، ج٦ ، ص١٦٦ ، ص١٦٧ . العـدوي ، حاشية العدوي على الخرشي ، ج٦ ، ص١٦٦ ، ص١٦٧ . الصاوي ، بلغة السالك ، ج٣ ، ص٢١٢ .

[٢] الدلْسة : "الحيلة : أي ما تحيلت في إخفائه" .انظر : العدوي ، حاشية العدوي على كفاية الطالب الربـاني ، ج٢ ، ص٣٥٦ .

(٣) سورة البقرة ، من آية ٢٨٣ .

[٤] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٦ ، ص٢٥٧ .

[٥] "يقال : غَلِقَ الرهن يغْلَق غُلوقاً : إذا بقي في يد المرتهن لا يقدر راهنه على تخليصه . والمعنـى : أنـه لا يستحقه المرتهن إذا لم يستفكه صاحبه . وكان هذا من فعل الجاهلية : أن الراهن إذا لم يؤد ما عليه في الوقـت المعين ، ملك المرتهن الرهن ، فأبطله الإسلام" . انظر : ابن الأثير ، النهاية ، ج٣ ، ص٣٧٩ .

الذي رهنه ، له غنمه ، وعليه غرمه"[١] .

وجه الدلالة من شقين :[٢]

الأول : قوله - صلى ا عليه وسلم- : "الرهن من صاحبه" : أي من ضمان صاحبه (الراهن)، فلفظة (من) تستعمل في الضمان يقال : هذا من ضمان فلان .

الآخر : قوله - صلى ا عليه وسلم- : "وعليه غرمه": أي على الراهن عطبه ، ونقصه .

فالحديث يدل على أن ضمان الرهن على الراهن لا المرتهن .

٣- ولأن العين المرهونة وثيقة بالدين ، وليست بعوض عنه ، فلا يسقط الدين بتلفها ؛ كما لـو مات الكفيل : فإن الكفالة وثيقة بالدين ، ولا يسقط الدين فيها بموت الكفيل فكذلك ههنا[٣] .

٤- ولأن الأصل أن كل شيء كان بعضه غير مضمون ، كان جميعه غير مضمون : كالوديعة، والعين المستأجرة . وكل شيء كان بعضه مضموناً ، كان جميعه مضموناً : كالمبيع . فلما كان بعض المرهون غير مضمون : وهو ما زاد على قدر الدين ، وجب أن يكـون جميعـه غيـر مضمون ؛ كالوديعة ، والعين المستأجرة ؛ وكالزيادة على قدر الدين[٤] .

---

[١] روي هذا الحديث عن أبي هريرة مرفوعاً ، وعن سعيد بن المسيب مرسلاً . فممن رواه مرفوعاً : الشافعي ، المسند ، كتاب الرهن ، ص١٤٨ . وابن ماجه ، أبواب الرهون، باب لا يغلق الـرهن ، رقـم (٢٤٤١) ، ص ٣٥٠. والدارقطني ، كتاب البيوع ، رقم (٢٨٩٧) ، ج٣ ، ص٢٩ ، وقال : "وهـذا إسـناد حـسن متـصل" . والبيهقي، السنن الكبرى ، كتاب الرهن ، باب الرهن غير مضمون ، رقم (١١٢١٩) ، ج٦ ، ص٦٦ . وممـن رواه مرسلاً : مالك ، كتاب الأقضية ، باب ما لا يجوز من غلـق الـرهن ، رقـم (١٣) ، ج٢ ، ص٧٢٨ . والشافعي ، المسند ، كتاب الرهن ، ص١٤٨ . والدارقطني ، كتاب البيوع ، رقـم (٢٩٠٣) ، ج٣ ، ص٣٠ . والبيهقي ، السنن الكبرى ، كتاب الرهن ، باب الرهن غير مضمون ، رقم (١١٢١٨) ، ج٦ ، ص٦٦ . واللفظ له .

[٢] الشافعي ، الأم ، ج٤ ، ص٦٣ . الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٦ ، ص٢٥٦ – ص٢٥٧ .

[٣] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٦ ، ص٢٥٧ . ابن قدامة ، الكافي ، ج٢ ، ص٧٨ .

[٤] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٦ ، ص٢٥٧ – ص٢٥٨ . ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٢٨٣ . لا يـصح الاستدلال بهذا الدليل إلا في مواجهة من يقول بعدم ضمان المرتهن لما زاد من قيمة المرهون على قدر الدين ، وهم أصحاب الرأيين : الأول ، والثالث من القول الثاني . أما أصحاب الرأي الثاني من القول الثـاني ، وكـذا أصحاب القول الثالث في المرهون الذي يغاب عليه – فإنهم يرون ضمان المرتهن لما زاد من قيمـة المرهـون على قدر الدين ، ومن ثَم فلا يصح إلزامهم بهذا الدليل .

٥- ولأن العين المرهونة مقبوضة على وجه الأمانة ، فلا يسقط الدين بتلفها ؛ كما لـو تلفـت الوديعة في يد من له عند صاحبها دين[١] .

٦- ولأن العين المرهونة أمانة في يد المرتهن ؛ لأنه قبضها بإذن مالكهـا ، فـلا يـضمنها إلا بالتعدي ؛ كسائر الأمانات[٢] .

٧- وقياساً على ما إذا دفع المدين لدائنه عينا ؛ ليبيعها ، ويستوفي دينه من ثمنها ، ثـم تلفـت العين، فإن دينه لا يسقط ، فكذلك لا يسقط دين المرتهن بتلف العين المرهونة ؛ بجامع أنها عين محبوسة في يده بعقد على استيفاء دين له عليه[٣] .

٨- "ولأن الرهن لو ضمن ، لامتنع الناس من فعله ؛ خوفاً من الضمان ، وذلـك وسـيلة إلـى تعطيل القروض ، والمداينات غالباً ، وفي ذلك ضرر عظيم ، والضرر منفي شرعاً"[٤] .

٩- ولأن الرهن شرع وثيقة للمرتهن بدينه ؛ وتأكيداً لحقه ، فلو كان الدين يسقط بتلف المرهون، لكان وثيقة على المرتهن لا له[٥] ، ولكان تضييعاً للدين وتوهيناً لا توثيقاً له وتأكيداً[٦] .

١٠- ولأن دين المرتهن كان ثابتاً في ذمة الراهن قبل تلف المرهون ، ولم يوجد ما يـسقطه ، فيبقى الدين بحاله[٧] .

١١- أما بطلان الرهن ؛ فلفوات المرهون بلا بدل يقوم مقامه ، فيجب أن يبطل[٨] .

١٢- أما عدم إلزام الراهن برهن عين أخرى مكان العين التالفة ؛ "لأن الرهن من أصله جـائز غير واجب"[٩] .

---

[١] التنوخي ، الممتع ، ج٣ ، ص٢٢٦ .

[٢] الحصني ، كفاية الأخيار ، ج١ ، ص٢٥٥ .

[٣] ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٤١٢ . البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص١١٣ .

[٤] التنوخي ، الممتع ، ج٣ ، ص٢٢٦ . وانظر : ابن مفلح ، المبدع ، ج٤ ، ص ٢١٥ .

[٥] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٦ ، ص٢٥٨ .

[٦] ابن الدهان ، تقويم النظر ، ج١ ، ص٣٧١ . الرملي ، نهاية المحتاج ، ج٤ ، ص٢٨١ .

[٧] البهوتي ، الروض المربع ، ص٢٩٣ . ابن حزم ، المحلى ، ج٦ ، ص٣٧١ .

[٨] الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٤ ، ص٤٣٠ . الرملي ، نهاية المحتاج ، ج٤ ، ص٢٩٤ .

[٩] البهوتي ، كشاف القناع ، ج٣ ، ص٣٩٨ .

أدلة الفريق الثاني

ـ أما كون العين المرهونة من ضمان المرتهن – وهو قدر مشترك بين الآراء الثلاثة في هـذا القول – فللأدلة التالية :

١- ما روي عن مصعب بن ثابت ، عن عطاء بن أبي رباح : "أن رجلاً ارتهن فرساً ، فمـات الفرس في يد المرتهن ، فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم - : "ذهب حقك" "[١] .

وجه الدلالة : أخبر النبي – صلى الله عليه وسلم – المرتهن بذهاب حقه ، فلا يخلـو إمـا أن يكون المراد ذهب حقه من : الإمساك ، أو من المطالبة برهن آخر ، أو من الدين . لا يجوز أن يكون المراد الأول ؛ لأن ذلك يعلم مشاهدة ، فلا فائدة في الإخبار عنه . ولا يجـوز أن يكـون المراد الثاني ؛ لأن ذلك ليس حقاً له . فيتعين أن يكون المراد : ذهب حقه من الدين . فدل ذلـك على سقوط الدين بتلف المرهون[٢] .

٢- حديث أنس – رضي الله عنه – أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قـال : "الـرهن بمـا فيه"[٣].

وجه الدلالة : يدل الحديث بمنطوقه على أن الرهن بما فيه : أي مضمون بما فيه من الدين[٤] ، و "الباء للمقابلة ، والمعاوضة"[٥] . "وهذا نص في الباب لا يحتمل التأويل"[٦] .

---

[١] رواه الطحاوي ، شرح معاني الآثار ، ج٤ ، ص١٠٢ . واللفظ له . والبيهقي ، الـسنن الكبـرى ، كتـاب الرهن، باب من قال الرهن مضمون ، رقم (١١٢٢٥) ، ج٦ ، ص٦٨ . قال البيهقي : "حديث مرسل ، وفيه من الوهن ما فيه" . وقال الزيلعي : "قال عبد الحق – في أحكامه - : هو مرسل ، وضعيف . قال ابن القطان – في كتابه- : ومصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير ضعيف ، كثير الغلط ، وإن كان صدوقاً . انتهى" . انظـر : الزيلعي، نصب الراية ، ج٤ ، ص ٣٢١ .

[٢] البابرتي ، العناية ، ج١٠ ، ص١٦١ . الشلبي ، حاشية الشلبي ، ج٧ ، ص١٤٠ .

[٣] رواه الدارقطني ، كتاب البيوع ، رقم (٢٨٩٤) ، و (٢٨٩٥) ، ج٣ ، ص٢٨ . وقال : "لا يثبت هـذا عـن حميد . وكل من بينه وبين شيخنا ضعفاء" . ثم رواه بإسناد آخر وقال : "إسماعيل هذا يضع الحـديث . وهـذا باطل عن قتادة ، وعن حماد بن سلمة" . انظر : الـدارقطني ، سـنن الـدارقطني ، ج٣ ، ص٢٨ – ص٢٩ . والبيهقي ، السنن الكبرى، باب من قال الرهن مضمون ، رقم (١١٢٢٣) ، ج٦ ، ص٦٧ . واللفظ لهما .

[٤] الجصاص ، أحكام القرآن ، ج٢ ، ص٢٦٤ .

[٥] سعدي أفندي ، حاشية سعدي أفندي ، ج١٠ ، ص١٦١ .

[٦] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص٢٤١ .

٣- الإجماع : فقد أجمع الصحابة ، والتابعون على أن المرهون مضمون . إلا أنهم اختلفوا في كيفية ضمانه : فروي عن أبي بكر – رضي ا عنه - : أنه مضمون بالقيمة . وروي عن ابن عمر ، وابن مسعود – رضي ا عنهم - : أنه مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين . وهكذا روي عن علي - رضي ا عنه - في بعض الروايات . وروي عن ابن عباس – رضي ا عنهما - : أنه مضمون بالدين . "وهكذا اختلف التابعون"[١] . واختلافهم على هذا الوجه إجماع منهم على أنه مضمون ، فالقول بأنه أمانة خرق للإجماع[٢] .

٤- ولأن حبس المرتهن للمرهون ، هو حبس لملك الغير لحق ، فيجب أن يكون مضموناً عليه ؛ كالمبيع المحبوس في يد البائع لاستيفاء الثمن : حيث يكون مضموناً على البائع فكذلك هنا[٣] .

٥- ولأن للمرتهن حبس المرهون حتى يستوفي دينه ، ويسقط هذا الحبس إذا برئ الراهن من الدين . فلما كان حبس الرهن يثبت بثبوت الدين ، ويسقط بسقوطه ، كان كذلك الدين : يثبت بثبوت الرهن ، ويسقط بسقوطه[٤] .

٦- ولأن موجب الرهن : ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن : وهو ملك اليد ، والحبس[٥] . فإذا هلك المرهون ، لم يكن للمرتهن المطالبة بدينه ؛ قياساً على ما إذا استوفى دينه حقيقة ، ثم هلك المستوفى[٦] .

٧- ولأن موجب الرهن : ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن : وهو ملك اليد ، والحبس . فلما ملك المرتهن حبس المرهون ، صار مستوفياً حقه من وجه : وهو الاستيفاء باليد ، وتأكد هذا الاستيفاء بهلاك المرهون ، فلو استوفى دينه ثانياً ، لأدى ذلك إلى تكرار الاستيفاء بالنسبة إلى اليد ، وهو ربا[٧] .

---

[١] العيني ، البناية ، ج١٢ ، ص٤٧٤ .

[٢] المرغيناني ، الهداية ، ج٤ ، ص٤٦٧ . البابرتي ، العناية ، ج١٠ ، ص١٦٢ .

[٣] الطحاوي ، شرح معاني الآثار ، ج٤ ، ص١٠٤ . الجصاص ، أحكام القرآن ، ج٢ ، ص٢٦٥ .

[٤] الطحاوي ، شرح معاني الآثار ، ج٤ ، ص١٠٤ .

[٥] المرغيناني ، الهداية ، ج٤ ، ص٤٦٧ . الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٧ ، ص١٤١ ، ص١٤٣ .

[٦] الاسمندي ، طريقة الخلاف ، ص٤٦١ .

[٧] المرغيناني ، الهداية ، ج٤ ، ص٤٦٧ . ابن مودود ، الاختيار ، ج٢ ، ص٦٤ . البابرتي ، العناية ، ج١٠ ، ص١٦٢ – ص١٦٣ .

- أما كون المرهون مضموناً بالأقل من قيمته يوم قبضه ومن الدين على ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول من القول الثاني فلما يلي :

١- ما روي عن بعض الصحابة أن المرهون مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين : فقد روي أن عمر بن الخطاب – رضي ا عنه – "قال – في الرجل يرتهن الرهن فيضيع – قال : إن كان أقل مما فيه يرد عليه تمام حقه ، وإن كان أكثر فهو أمين"[١] . وروي عن علي – رضي ا عنه – أنه قال : "إذا كان الرهن أقل رد الفضل ، وإن كان أكثر فهو بما فيه"[٢] .

٢- ولأن يد المرتهن يد استيفاء ، فلا توجب الضمان إلا بالقدر المستوفى ؛ كما لو أعطاه الراهن ألفي درهم في كيس ، وقال له : استوف دينك من هذا ، وكان دينه ألف درهم ، فإن المرتهن يصير ضامناً قدر الدين ، ولا يضمن ما زاد عليه فكذلك هنا[٣] .

٣- ولأن قبض المرهون قبض استيفاء ، فيجب الضمان فيه بقدر الاستيفاء : فإن كانت قيمة المرهون مثل الدين ، أمكن تحقيق الاستيفاء . وإذا كانت قيمته أكثر ، لا يتحقق الاستيفاء إلا في قدر الدين فقط ؛ لأن استيفاء الأقل من الأكثر يكون رباً . وإذا كانت قيمته أقل ، لا يمكن تحقيق الاستيفاء إلا بقدر الدين ؛ لأن استيفاء الأكثر من الأقل لا يتصور[٤] .

---

[١] رواه البيهقي ، السنن الكبرى ، كتاب الرهن ، باب من قال الرهن مضمون ، رقم (١١٢٢٨) ، ج٦ ، ص٧١. وقال : "هذا ليس بمشهور عن عمر" . وقد رواه من طريق أبي العوام ، عن مطر ، عن عطاء بن أبي رباح ، عن عبيد بن عمير ، عن عمر بن الخطاب – رضي ا عنه – . جاء في مختصر خلافيات البيهقي : "وأبو العوام هو عمران بن داود ، وهو منفرد به ، وأكثر أصحاب الحديث لا يحتجون به ؛ لسوء حفظه" . انظر: الإشبيلي ، مختصر خلافيات البيهقي ، ج٣ ، ص٣٨١ . وذكر ابن حزم أن هذا لم يصح عن عمر – رضي ا عنه - ؛ "لأنه من رواية عبيد بن عمير ، وعبيد لم يولد إلا بعد موت عمر ، أو أدركه صغيراً لم يسمع منه شيئاً" . انظر : ابن حزم ، المحلى ، ج٦ ، ص٣٧٧ .

[٢] رواه البيهقي ، السنن الكبرى ، كتاب الرهن ، باب من قال الرهن مضمون ، رقم (١١٢٣٤) ، ج٦ ، ص٧٢. وقد رواه من طريق عبد الأعلى ، عن ابن الحنفية ، عن علي – رضي ا عنه - . ثم ذكر البيهقي بالإسناد إلى علي بن المديني أنه قال : "سألت يحيى بن سعيد القطان عن عبد الأعلى الثعلبي فقال : تعرف ، وتنكر . فقال يحيى : قلت لسفيان (يعني الثوري) في أحاديث عبد الأعلى ، عن محمد بن الحنفية ، فوهنها" . انظر : المصدر نفسه ، ج٦ ، ص٧٢ - ص٧٣ .

[٣] المرغيناني ، الهداية ، ج٤ ، ص٤٦٨ . العيني ، البناية ، ج١٢ ، ص٤٨٢ .

[٤] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص٢٥٠ .

٤- أما اعتبار قيمة المرهون يوم قبضه ؛ فلأنه يومئذ يدخل في ضمان المرتهن ، وفيـه يثبـت الاستيفاء باليد[١] .

ـ أما كون المرهون مضموناً بجميع قيمته يوم قبضه على ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثـاني من القول الثاني فلما يلي :

١- ما روي عن علي – رضي ا عنه – أنه قال : "- فـي الـرهن إذا هلـك - : يتـرادان الفضل"[٢] .

وجه الدلالة : يدل الأثر بمنطوقه على أن المرهون إذا هلك ، يتراد الراهن ، والمرتهن الزيادة : فإذا كانت قيمة المرهون أكثر من الدين ، رد المرتهن ما زاد على الدين إلى الراهن . وإذا كان الدين أكثر من قيمة المرهون ، رد الراهن ما زاد على قيمة المرهون إلى المرتهن[٣] .

٢- ولأن الزيادة على الدين مرهونة ؛ لأنها محبوسة بالدين ؛ فيجب أن يضمنها المرتهن ؛ كما يضمن قدر الدين[٤] .

ـ أما كون المرهون مضموناً بجميع الدين على ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثالث من القـول الثاني فلما يلي :

١- حديث عطاء : "أن رجلاً ارتهن فرساً ، فمات الفرس في يد المـرتهن ، فقـال رسـول ا - صلى ا عليه وسلم - : "ذهب حقك" "[٥] .

---

[١] ابن مودود ، الاختيار ، ج٢ ، ص٦٥ .

[٢] رواه عبد الرزاق ، المصنف ، كتاب البيوع ، بـاب الـرهن يهلـك ، رقـم (١٥١١٨) ، ج٨ ، ص١٨٤ . والبيهقي ، السنن الكبرى ، كتاب الرهن ، باب من قال الرهن مضمون ، رقـم (١١٢٣٠) ، و (١١٢٣١) ، و (١١٢٣٢) ، ج٦ ، ص٧١ – ص٧٢ . واللفظ له . وقد رواه من طريقين عن الحكم ، عن علي – رضـي ا عنه - . ثم قال : "هذا منقطع ؛ الحكم بن عتيبة لم يدرك علياً" . ثم رواه من طريق ثالث عـن : معمـر بـن سليمان ، عن الحجاج ، عن الشعبي ، عن الحارث ، عن علي – رضي ا عنه – . ثم قال : "الحارث الأعور، والحجاج بن أرطأة ، ومعمر بن سليمان غير محتج بهم" .

[٣] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص٢٤٩ . العيني ، البناية ، ج١٢ ، ص٤٨١ .

[٤] المرغيناني، الهداية ، ج٤ ، ص٤٦٨ . الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٧ ، ص١٤٣ .

[٥] سبق تخريجه . انظر : ص١٤١، هامش (١) .

وجه الدلالة : أخبر النبي - صلى الله عليه وسلم - المرتهن بسقوط دينه عند تلف المرهون ؛ لأن حق المرتهن هو دينه[١] .فيدل بظاهره على أن المرهون إذا تلف ، سقط الدين كله ، سواء أكانت قيمته مثل الدين ، أم أقل ، أم أكثر .

٢- حديث أنس – رضي الله عنه – أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال : "الرهن بما فيه"[٢].

وجه الدلالة : يدل الحديث بمنطوقه على أن الرهن بما فيه : أي مضمون بما فيه من الدين . وظاهره وجوب ذلك سواء أكانت قيمة المرهون مثل الدين ، أم أقل ، أم أكثر[٣] .

٣- وقياساً على تلف المبيع المحبوس في يد البائع لاستيفاء الثمن : فإن الثمن يسقط بذلك ، سواء أكانت قيمة المبيع مثل الثمن ، أم أقل ، أم أكثر . فكذلك تلف المرهون في يد المرتهن ؛ بجامع أن كلاً منهما محبوس بالدين[٤] .

أدلة الفريق الثالث

استدل أصحاب القول الثالث لما ذهبوا إليه بالأدلة التالية :

١- إن العمل عند أهل المدينة قد جرى على تضمين المرتهن فيما يغاب عليه دون غيره[٥] .

٢- الاستحسان : فالتهمة تلحق المرتهن فيما يغاب عليه ، فيجب أن يضمنه . ولا تلحقه فيما لا يغاب عليه ، فلا يضمنه[٦] .

٣- إن المرهون لم يقبض لمنفعة ربه فقط ، حتى يكون ضمان جميعه منه : كالوديعة . ولا لمنفعة الآخذ فقط ، حتى يكون ضمان جميعه منه : كالقرض . بل أخذ شبهاً من كل منهما ؛ لأنه قبض لمنفعة ربه ، وآخذه : أما المنفعة لربه (الراهن) : فلأنه قد حصل له ما ابتاعه ، أو سلفه ، وبقي الدين في ذمته ؛ لأجل الرهن ، ولولاه لم يملكه . أما المنفعة لآخذه (المرتهن) : فلتوثيق

---

[١] الجصاص ، أحكام القرآن ، ج٢ ، ص٢٦٤ .

[٢] سبق تخريجه . انظر : ص ١٤١ ، هامش (٣) .

[٣] الجصاص ،أحكام القرآن ، ج٢ ، ص٢٦٤ .

[٤] الجصاص ، أحكام القرآن ، ج٢ ، ص٢٦٨ . السرخسي ، المبسوط ، ج٢١ ، ص٦٥ .

[٥] مالك ، الموطأ ، ج٢ ، ص٧٣٠ . الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٦ ، ص١٦٦ .

[٦] ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ، ج٢ ، ص٢٢٤ . الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٦ ، ص١٦٧ .

دينه . لذا يتوسط في حكمه : فيضمن المرتهن ما يغاب عليه . ويضمن الـراهن مـا لا يغـاب عليه[١] .

٤- أما كون المرهون الذي يغاب عليه مضموناً بجميع قيمته ؛ "لأن كل عين ضـمن تلفهـا ، فقيمتها كسائر المتلفات"[٢] .

٥- أما وجه المشهور عند المالكية من أن المرتهن لا يضمن ما يغاب عليه إذا قامت البينة على تلفه بدون تعد أو تفريط منه ؛ فلأن الضمان هنا للتهمة ، وهي تنتفي بإقامة البينة ، فـلا وجـه لبقاء الضمان[٣] .

٦- أما وجه القول الآخر عند المالكية من أن المرتهن يضمن ما يغاب عليه وإن قامـت البينـة على تلفه بدون تعد أو تفريط منه ؛ فلأن الضمان هنا ثابت أصالة ، وليس للتهمة[٤] ، فالمرتهن قد قبضه على أنه مضمون ، فيستوي فيه قيام البينة على ذلك ، أم عدمه ؛ كالمرهون الـذي لا يغاب عليه : لما قبض على أنه غير مضمون ، استوى فيه قيام البينة ، أم عدمه على ذلك[٥] .

٧- أما وجه تحليف المرتهن فيما يغاب عليه ، مع أنه يضمنه ؛ فلأنه يتهم في تغييبه، وإخفائه ؛ رغبة فيه . وإذا لزم المرتهن اليمين فيما يضمنه ، فأولى فيما لا يضمنه : وهو المرهون الـذي لا يغاب عليه . ولأنه يحتمل أن يكون مفرطاً في نفس الأمر ، فيلزمه قيمته حينئذ . أمـا عـدم اليمين فيما ثبت تلفه بالبينة ؛ فلعدم التهمة[٦] .

المناقشة والقول المختار

---

[١] ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، ج٢ ، ص٣٦٨ – ص٣٦٩ . الخرشي ، حاشـية الخرشـي ، ج٦ ، ص١٦٦ – ص١٦٧ .

[٢] القاضي عبد الوهاب ، الإشراف ، ج٢ ، ص٥٨٣ .

[٣] الدردير ، الشرح الكبير ، ج٤ ، ص٤١١ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤ ، ص٤١١ .

[٤] الفاسي ، شرح ميارة الفاسي ، ج١ ، ص١٦٩ . التاودي ، حلى المعاصم ، ج١ ، ص٢٦٩ .

[٥] الباجي ، المنتقى ، ج٧ ، ص٢٥١ .

[٦] العدوي ، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ، ج٢ ، ص٣٥٦ . الدسوقي ، حاشية الدسـوقي ، ج٤ ، ص٤١٣ .

مناقشة أدلة الفريق الأول

ناقش أصحاب القولين : الثاني ، والثالث بعضاً من أدلة الفريق الأول على النحو التالي :

١- أما الاستدلال بحديث : "لا يغْلَق الرهن ....." فقد أجابوا عنه بما يلي :

أ- تضعيف الحديث : ففي إسناده : زياد بن سعد ، وهو ضعيف[١] . ويحيى بن أبـي أنيـسة ، وهو ممن لا يلتفت إلى حديثه ، ولا يحتج بمثله[٢] .

ويجاب عنه : بأنه غير مسلم : فقد قال الدارقطني : "زياد بن سعد من الحفاظ الثقات"[٣] . والحديث روي من طرق أخرى عن غير يحيى بن أبي أنيسة[٤] .

ب- إن الحديث مرسل عن سعيد بن المسيب[٥] .

ويجاب عنه: بأن الحديث قد روي من طرق أخرى مرفوعاً عن أبي هريرة-رضي ا عنه- ، كما بان من تخريجه ، وقد نقلنا هناك مقولة الدارقطني : "وهذا إسناد حسن متصل"[٦] .

جـ- إن قوله : "له غنمه ، وعليه غرمه" من كلام سعيد بن المسيب ، كما نقله عنه الزهـري ، وليس من كلام النبي – صلى ا عليه وسلم - . يؤيد ذلـك ، أن الحـديث قـد روي بلفـظ : "لا يغْلَق الرهن"[٧] فقط[٨] .

---

[١] ابن الجوزي ، إيثار الإنصاف ، ص٣٦٦ .

[٢] الجصاص ، مختصر اختلاف العلماء ، ج٤ ، ص٣١١ .

[٣] الدارقطني ، سنن الدارقطني ، ج٣ ، ص٢٩ .

[٤] انظر : الدارقطني ، سنن الدارقطني ، كتاب البيوع ، ج٣ ، ص٢٩ – ص٣٠ . البيهقي ، السنن الكبـرى ، كتاب الرهن ، باب الرهن غير مضمون ، ج٦ ، ص٦٦ – ص٦٧ .

[٥] الطحاوي ، شرح معاني الآثار ، ج٤ ، ص١٠١ . ابن عبد البر ، الاستذكار ، ج٨ ، ص٦٧ .

[٦] انظر : ص١٣٩ ، هامش (١) .

[٧] انظر : ابن ماجه ، أبواب الرهون ، باب لا يغلق الـرهن ، رقـم (٢٤٤١) ، ص٣٥٠ . مالـك ، كتـاب الأقضية، باب ما لا يجوز من غلاق الرهن ، رقم (١٣) ، ج٢ ، ص٧٢٨.

[٨] الجصاص ، أحكام القرآن ، ج٢ ، ص٢٦٥ . القاري ، فتح باب العناية ، ج٢ ، ص٤٧٦ .

ويجاب عنه : بأنه غير مسلم : فقد روي الحديث من طرق عدة تنص على أن قوله : "له غنمه، وعليه غرمه" من كلام النبي – صلى ا عليه وسلم - . سواء ما روي من هذه الطرق عن أبي هريرة – رضي ا عنه - مرفوعاً - وهو جلها - ، أم عن سعيد بن المسيب مرسلاً[١] .

د- إن المراد بقوله – صلى ا عليه وسلم - : "الرهن من صاحبه" : أي من ملك صاحبه ؛ وذلك تأكيداً على ملكه إياه ، وأنه لا ينتقل لملك المرتهن إذا لم يؤد الراهن ما عليه من الدين في الوقت المعين ، كما كانت الجاهلية تفعله . ويدل عليه قوله - صلى ا عليه وسلم -: " لا يغْلَق الرهن"[٢] .

ويجاب عنه : بأنه غير صحيح ؛ لأن حرف التمليك هو اللام ، فلو أراد هذا المعنى لقال : الرهن لصاحبه . ولكنه قال : "الرهن من صاحبه" ، ولفظة (من) تستعمل في الضمان يقال : هذا من ضمان فلان . فعلم أنه أراد من ضمان صاحبه ، لا من ملكه[٣] .

هـ- إن المراد بالصاحب في قوله – صلى ا عليه وسلم - : "صاحبه" : المرتهن ، كما يقال للمضارب : صاحب المال[٤] .فيكون له غنمه : أي تكون زوائده رهناً عنده . وعليه غرمه : أي سقوط دينه بهلاك المرهون[٥].

ويجاب عنه : بأن نص الحديث يرده ويجعله تأويلاً متكلفاً ؛ فقد جاء فيه :"صاحبه الذي رهنه". والذي رهنه : هو الراهن ، لا المرتهن . ولو كان المراد المرتهن لقال : صاحبه الذي ارتهنه .

و- إن المراد بقوله - صلى ا عليه وسلم - : "وعليه غرمه" : أي وعليه نفقته[٦] ،لا مصيبته؛ لأنه إذا كان الغنم : الخراج ، والغلة ، كان الغرم : ما قابل ذلك من النفقة . ولأن الغرم لا يصدق على الهلاك[٧] .

---

[١] انظر : الدارقطني ، سنن الدارقطني ، كتاب البيوع ، ج٣ ، ص٢٩- ص٣٠ . البيهقي ، السنن الكبرى ، كتاب الرهن ، باب الرهن غير مضمون ، ج٦ ، ص٦٦- ص٦٧ .

[٢] السرخسي ، المبسوط ، ج٢١ ، ص٦٤ . القرافي ، الذخيرة ، ج٨ ، ص١١٢ .

[٣] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٦ ، ص٢٥٧ .

[٤] الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٧ ، ص١٤٢ .

[٥] العيني ، البناية ، ج١٢ ، ص٤٧١ .

[٦] الاسمندي ، طريقة الخلاف ، ص٤٦٣ . ابن الجوزي ، إيثار الإنصاف ، ص٣٦٧ .

[٧] ابن عبد البر ، الاستذكار ، ج٨ ، ص٧٢ .

ويجاب عنه : بأن اسم الغرم يشمل ما يتلف من مال الإنسان[١] . فيكون على الـراهن نفقتـه ، وتلفه . والقول بأن الغرم لا يصدق على الهلاك غير صحيح ؛ فقد جاء في القرآن الكريم ما يدل على أن الغرم هو الهلاك : وذلك حين ذم ا سبحانه وتعـالى قومـاً مـن الأعـراب بقولـه ":❒◆👌♉⌘ ✂🙰☜⇱⇧❹❀✂⚇🖅 👌◆♊ ③◆✌✸②♋❿🡵 👌◆🙰 ③⇱☪⌘♋⚏← 👌◆⇔⬂❷◆👌✡🙰"[٢] : أي يراه هالكاً بلا منفعة[٣] .

ز- إن المراد بقوله – صلى ا عليه وسلم - : "وعليه غرمه" : أي وعليه نقصان الثمن عـن الدين عند بيع المرهون ؛ لأن الغنم : ما زاد من الثمن على الدين[٤] .

ويجاب عنه : بمثل ما أجيب عن التأويل المتقدم : فاسم الغرم يـشمل مـا يتلـف مـن مـال الإنسان[٥].فيكون على الراهن تلفه ، وما ينقص من ثمنه عن الدين عند بيعه . كما أن اسم الغنم يشمل إلى جانب زيادة ثمن المرهون على الدين – ما يكون من غلته ، وخراجه .

ح- إن المراد بقوله – صلى ا عليه وسلم - : "وعليه غرمه" : أي وعليه دينه ؛ فإنه قد جـاء تفسيراً لقوله – صلى ا عليه وسلم - : "لا يغْلَق الرهن" : أي لا يـستحقه المـرتهن بمـضي الأجل. ثم فسره بقوله : "له غنمه ، وعليه غرمه" : أي للراهن زيادته ، فلا يـستحق المـرتهن غير عين الرهن من : النماء ، والزيادة . "وعليه غرمه" : أي وعليه دينه كما كان[٦] .

ويجاب عنه : لا نسلم أن دين الراهن هو من غرم المرهون الذي عليه ؛ لأن النبي – صلى ا عليه وسلم – أضاف الغرم إلى المرهون ، فدل على أن المقصود ليس مطلق الغرم ، بل ما كان منه آتياً من جهة المرهون . من مثل : تلفه ، ونقصه ، ونفقته . ودين الراهن لـيس مـن هـذا القبيل ؛ لأنه لم يلزمه من جهة المرهون ؛ بدليل أنه قد يكون لازماً له قبل أن يوجد الرهن .

---

[١] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٦ ، ص٢٥٧ .

[٢] سورة التوبة ، من آية ٩٨ .

[٣] ابن حزم ، المحلى ، ج٦ ، ص٣٧٩ .

[٤] السرخسي ، المبسوط ، ج٢١ ، ص٦٤ . ابن مودود ، الاختيار ، ج٢ ، ص٦٤ .

[٥] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٦ ، ص٢٥٧ .

[٦] الجصاص ، أحكام القرآن ، ج٢ ، ص٢٦٧ .

ط- وحمله المالكية على المرهون الذي لا يغاب عليه ، فإن ضمانه من الـراهن ، لا المـرتهن عندهم[١] .

ويجاب عنه : بأن الحديث عام في المرهون الذي يغاب عليه وفي غيره ، واسم الرهن يقع على جميع ذلك ، فيبقى الحديث على عمومه حتى يدل الدليل على تخصيصه ، وهذا لم يوجد[٢] .

٢- أما القياس على الوديعة فقد أجابوا عنه : بأنه قياس مع الفارق من شقين :

الأول : أن لمالك الوديعة أن يأخذها ، وليس للوديع منعه منها . وهذا بخلاف المرهون : فـإن للمرتهن حبسه ، ومنع مالكه منه حتى يستوفي دينه[٣] .

الآخر : أن الوديعة قد قبضت لحق الدافع فقط ، فكان ضمان جميعهـا منـه . وهـذا بخـلاف المرهون : فإنه قبض لمنفعة الراهن ، والمرتهن[٤] .

ويجاب عنه : بأن التعليل الوارد في الشق الأول ، تعليل بأمر لا تأثير له في إيجاب الـضمان ، أو عدمه ؛ بدليل العين المستأجرة : فإنها أمانة في يد المستأجر ، ولا يملك صاحبها أخذها منـه قبل انتهاء مدة الإجارة .

والتعليل الوارد في الشق الآخر ، ينتقض بالمضاربة : فإن جميع المال فيها أمانـة ، مـع أنـه مقبوض لمنفعة رب المال ، والمضارب . وقول المالكية : إن جل النفع في مال المضاربة لرب المال ، فكان أمانة[٥] – غير مسلم ؛ لأن حجم النفع لكل من رب المال ، والمضارب يتحدد بناء على حصة كل منهما من الربح ، وقد تكون حصة المضارب أكثر من حصة رب المال ؛ لحذق المضارب ، ومهارته ، وقد تكون مساوية لها ، أو قريبة منها .

٣- أما قولهم : إن الرهن شرع وثيقة بالدين ، فلو سقط الدين بتلف المرهون ، لكـان توهينـاً للدين لا توثيقاً له – فأجابوا عنه : نسلم أن الرهن شرع وثيقة بالدين ، ولكن معنى التوثيق في

---

[١] القرافي ، الذخيرة ، ج٨ ، ص١١٢ . المعداني ، حاشية المعداني ، ج١ ، ص١٧٠ .

[٢] الشافعي ، الأم ، ج٤ ، ص٩٩ .

[٣] الطحاوي ، شرح معاني الآثار ، ج٤ ، ص١٠٤ .

[٤] القرافي ، الذخيرة ، ج٨ ، ص١١٣ .

[٥] ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، ج٢ ، ص٣٦٩ . القرافي ، الذخيرة ، ج٨ ، ص١١٢ .

الرهن : هو التوصل إلى حق المرتهن في أقرب الأوقات ؛ لأن المرتهن كان له قبـل الـرهن ولاية مطالبة الراهن بقضاء الدين من مطلق ماله ، ثم حدثت له بعد الـرهن ولايـة المطالبـة بالقضاء من ماله المعين : وهو المرهون ، فازداد طريق الوصول إلى حقه ، فحـصل معنـى التوثيق[١] .

ويجاب عنه : بأنه اعتراض بادي الضعف : فأي معنى للتوثيق قد حصل وأنتم تقولون بـسقوط دين المرتهن ؟! وما الذي يجنيه المرتهن من ازدياد طريق الوصول إلى حقه إذا لم توصله إلـى حقه ؟!

مناقشة أدلة الفريق الثاني

ـ أما الأدلة التي استدلوا بها على أن العين المرهونة من ضمان المرتهن فتناقش بما يلي :

١- أما الاستدلال بحديث عطاء فيجاب عنه بما يلي :

أ- إن الحديث ضعيف ، ثم هو مرسل عن عطاء[٢] – كما سبق في تخريجه[٣] - ، فلا يحـتج به.

ب- إن عطاء كان يفتي بخلافه[٤] ، ويقول فيما ظهر هلاكه : إنه أمانة ، وفيما خفي : يتـرادان الفضل . وهذا أثبت ما روي عنه . وروي عنه : يترادان الفضل مطلقاً . قال الـشافعي : "فـلا نشك أن عطاء – إن شاء الله تعالى – لا يروي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – شيئاً مثبتـاً عنده ويقول بخلافه"[٥] .

ج- يحتمل أن يكون المراد : ذهب حقك من الوثيقة[٦] . وتكون فائدة إخبار المرتهن بذلك : بيان أن الراهن لا يلزم برهن آخر مكانه[٧] .

---

[١] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص٢٤١ .

[٢] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٦ ، ص٢٥٨ . الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٤ ، ص٥٨ – ص٥٩ .

[٣] انظر : ص١٤١، هامش (١) .

[٤] ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٢٨٣ . الرحيباني ، مطالب أولي النهى ، ج٣ ، ص٢٧٠ .

[٥] الشافعي ، الأم ، ج٤ ، ص١٠١ .

[٦] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٦ ، ص٢٥٨ . البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص١١٣ .

[٧] ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، ج٢ ، ص٣٦٩ . القرافي ، الذخيرة ، ج٨ ، ص١١٣ .

د- "إن قوله : "ذهب حقك" محمول على ذهاب حقه من فسخ البيع ؛ لأنه لو تلف قبل القـبض ، لكان يستحق فسخ البيع . فإذا تلف بعد القبض ، كان في الجائز أن يستحق فسخ البيع ، فأذهـب النبي – صلى ا عليه وسلم – حقه في الفسخ بعد القبض"[١] .

هـ- إن الحديث لو صح ، وكان المراد به : ذهاب حق المرتهن من الدين ، لكان حجة علـى الحنفية ؛ لأن النبي – صلى ا عليه وسلم – لم يسأل عن قيمة الفرس . وقد تكون قيمته مثـل الدين ، أو أقل ، أو أكثر . فيدل بظاهره على أن المرهون مضمون بجميـع الـدين ، وهـم لا يقولون بهذا[٢] .

٢- أما الاستدلال بحديث أنس – رضي ا عنه – فيجاب عنه بما يلي :

أ- إن الحديث ضعيف[٣] - كما سبق في تخريجه[٤] - ، فلا يحتج به .

ب- يحتمل أن يكون المراد : أنه محبوس بما فيه من الدين[٥] ؛ لأن الحديث جعل الرهن بما فيه في حالة بقائه ، والمرهون في حالة بقائه لا يكون مضموناً على المرتهن ، بل يكون وثيقة بمـا فيه من الدين[٦] .

ج- إن الحديث لو صح ، وكان المراد : أنه مضمون بما فيه ، لكان حجة على الحنفيـة ؛ لأن ظاهره أن المرهون مضمون بما فيه من الدين ، سواء أكانت قيمته مثل الـدين ، أم أقـل ، أم أكثر، وهم لا يقولون بهذا .

٣- أما قول الحنفية : إن الصحابة ، والتابعين أجمعوا على أن المرهون مضمون فيجاب عنه : بأنه دعوى غير صحيحة لما يلي :

أ- إن القول بأن المرهون مضمون لم يرو عن أحد من الصحابة إلا عن : عمر ، وعلي ، وابن

---

[١] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٦ ، ص٢٥٨ .

[٢] الشافعي ، الأم ، ج٤ ، ص١٠١ . الإشبيلي ، مختصر خلافيات البيهقي ، ج٣ ، ص٣٨٠ .

[٣] الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٤ ، ص٥٧ .

[٤] انظر : ص١٤١ ، هامش (٣) .

[٥] ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٢٨٣ . الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٤ ، ص٥٧ – ص٥٨ .

[٦] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٦ ، ص٢٥٨ .

عمر – رضي الله عنهم[١] - . وهي روايات غير صحيحة ، كما سبق في تخريجها[٢] .

ب- إن أصح ما روي عن علي – رضي الله عنه - : إسقاط الضمان عن المرتهن فيما تلف بغير سببه[٣] فقد روي :" "أن علي بن أبي طالب قال – في الرهن - : يترادان الفضل ، فإن أصابته جائحة برئ" . فصح أن علي بن أبي طالب لم ير تراد الفضل إلا فيما تلف بجناية المرتهن ، لا فيما أصابته جائحة ، بل رأى البراءة له مما أصابته جائحة"[٤] .

ج- إن من التابعين من يرى أن المرهون أمانة : كسعيد بن المسيب ، وعطاء ، والزهري . كما تقدم عند ذكر القول الأول ، ومن ذهب إليه .

٤- أما القياس على المبيع المحبوس في يد البائع لاستيفاء الثمن فيجاب عنه من شقين :

الأول : أنه قياس مع الفارق ؛ لأن المبيع عوض عن الثمن ، فإذا تلف سقط ما يقابله وهو الثمن.وهذا بخلاف المرهون : فإنه ليس بعوض عن الدين ؛ بدليل أن الدين لا يسقط إذا فسخا الرهن[٥]. بينما يسقط الثمن بفسخ البيع . وإذا لم يكن المرهون عوضاً عن الدين ، فإن الدين لا يسقط بتلفه.

الآخر : أن هذا القياس لو صح ، لكان حجة على الحنفية ؛ لأن المبيع المحبوس لاستيفاء الثمن مضمون بجميع الثمن : فإذا تلف سقط جميع الثمن ، سواء أكانت قيمته مثل الثمن ، أم أقل ، أم أكثر . وقياس هذا أن يكون المرهون مضمون بجميع الدين ، وهم لا يقولون بذلك .

٥- أما قولهم : لما كان حبس الرهن يثبت بثبوت الدين ، ويسقط بسقوطه ، كان كذلك الدين : يثبت بثبوت الرهن ، ويسقط بسقوطه – يجاب عنه : بأنه قد جعل الدين سبباً للرهن : بمعنى أن الدين إذا وجد وجد الرهن ، وإذا انعدم انعدم الرهن . ثم قلب الأمر ، فجعل الرهن سبباً للدين : وذلك حين جعل الدين مرتبطاً به وجوداً وعدماً . وهذا غير صحيح ؛ لأن الدين شرط للرهن : فلا يلزم من وجود الدين وجود الرهن ؛ لأن الدائن قد لا يأخذ بدينه رهناً . ولكن يلزم من عدمه عدم الرهن ؛ لأن الراهن إذا برئ من الدين ، انفك الرهن . فلا يجوز قلب ذلك ، وجعل الرهن

---

(١) ابن حزم ، المحلى ، ج٦ ، ص٣٧٧ .

(٢) انظر : ص١٣٦ ، هامش (٢) ، (٦) ، ص١٤٣ ، هامش (١) ، (٢) ، ص١٤٤ ، هامش (٢) .

(٣) ابن حزم ، المحلى ، ج٦ ، ص٣٧٨ .

(٤) المصدر نفسه ، ج٦ ، ص٣٧٦ .

(٥) ابن مفلح ، الفروع ، ج٦ ، ص٣٨٣ . ابن مفلح ، المبدع ، ج٤ ، ص٢١٥ .

شرطاً للدين . بهذا نعلم أن الدين شرط للرهن ، وليس سبباً له ، كما أن الرهن ليس سبباً ولا شرطاً للدين . ونتيجة لما تقدم ، فإن انعدام الدين يقتضي انعدام الرهن لا العكس .

٦- أما القياس على ما إذا استوفى المرتهن دينه حقيقة ، ثم هلك المستوفى - يجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن المستوفى "صار ملكاً للمستوفي ، وله نماؤه ، وغنمه . فكان عليه ضمانه، وغرمه . بخلاف الرهن"[١] ؛ لأنه لا يملكه ، بل هو باق على ملك الراهن . فيكون له غنمه ، وعليه غرمه .

٧- أما قولهم : إن موجب الرهن : ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن ... يجاب عنه : لا نسلم أن موجب الرهن : ثبوت يد الاستيفاء ، بل موجبه : تعلق الدين بالعين شرعاً : بمعنى تعين العين المرهونة لاستيفاء الدين من ثمنها عند تعذره من غيرها[٢] . فإذا تلفت العين ، بطل هذا التعلق . أما سقوط الدين فلا وجه له[٣] ؛ لأن المرتهن لم يستوفه بعد . كما أن الرهن لم يحقق مقصوده حتى يقال بسقوط الدين .

من هنا ، لا نسلم قول الحنفية : إن المرتهن استوفى حقه من وجه ، فلو استوفى دينه ثانياً ، لأدى إلى تكرار الاستيفاء بالنسبة إلى اليد ؛ لأنه مبني على أن موجب الرهن : ثبوت يد الاستيفاء ، وقد علمت أن موجبه ليس ذلك .

ـ أما الأدلة التي استدل بها أصحاب الرأي الأول من القول الثاني على أن المرهون مضمون بالأقل من قيمته يوم قبضه ومن الدين فيجاب عنها بما يلي :

١- أما الاستدلال بما روي عن : عمر ، وعلي – رضي الله عنهما – فيجاب عنه : بأنها روايات غير صحيحة ، كما تقدم في تخريجها[٤] .

---

[١] ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٢٨٣ . شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير ، ج٤ ، ص٤٤٥ .

[٢] الزنجاني ، تخريج الفروع على الأصول ، ص٢٠٣ . ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٢٤٣ .

[٣] الزنجاني ، تخريج الفروع على الأصول ، ص٢٠٦ .

[٤] انظر : ص١٤٣ ، هامش (١) ، (٢) .

٢- أما بقية الأدلة فإنها سيقت للتدليل على الكيفية التي يجب فيها الضمان ، لذا فإنها مبنية على أن المرهون مضمون . وهو قول غير مسلم ، كما بان من مناقشة أدلته . فلا يكون ما بني عليه مسلماً .

ـ أما الأدلة التي استدل بها أصحاب الرأي الثاني من القول الثاني على أن المرهون مـضمون بجميع قيمته يوم قبضه فيجاب عنها بما يلي :

١- أما الاستدلال بما روي عن علي - رضي ا عنه - فيجاب عنه : بأنه غير صحيح ، كما بان من تخريجه[١] .

٢- أما القياس على قدر الدين فيجاب عنه : لا نسلم أن المرتهن يضمن قدر الدين ، فلا يـصح القياس ؛ لعدم الاتفاق على حكم الأصل فيه .

ـ أما الأدلة التي استدل بها أصحاب الرأي الثالث من القول الثاني على أن المرهون مـضمون بجميع الدين – فقد تقدمت الإجابة عنها جميعاً في معرض مناقشة الأدلة التي استدل بها أصحاب القول الثاني على أن المرهون مضمون ، فما قيل هناك يقال هنا . غير أن أصحاب هذا الـرأي لا يرد عليهم ما يرد على الحنفية إذا سلم بصحة هذه الأدلة ؛ لأنهـم يقولـون بـأن المرهـون مضمون بجميع الدين ، خلافاً للحنفية .

مناقشة أدلة الفريق الثالث

يمكن مناقشة ما استدل به أصحاب القول الثالث على النحو التالي :

١- أما الاستدلال بعمل أهل المدينة فيجاب عنه من شقين :

أ- لا نسلم انعقاد إجماع أهل المدينة على ذلك ؛ لأن من التابعين فـي المدينـة مـن يـرى أن المرهون كله أمانة ، ما يغاب عليه وما لا : كسعيد بن المسيب ، والزهري . وقد تقدم ذكر ذلك عند بيان القول الأول ، ومن ذهب إليه .

ب- لو سلمنا انعقاد إجماع أهل المدينة ، فلا نسلم أنه حجة يلزم العمل بها .

٢- أما الاستدلال بالاستحسان فيجاب عنه : بأن مبناه على التهمة ، "والتهمة ظن كاذب ، يـأثم صاحبه ، ولا يحل القول به ، والتهمة متوجهة إلى كل أحد ، وفي كل شـيء"[١] ، فـلا يـصح مبناه.

---

[١] انظر : ص١٤٤ ، هامش (٢) .

٣- أما قولهم : إن المرهون قد قبض لمنفعة ربه ، وآخذه . فيتوسـط فـي حكمـه : فيـضمن المرتهن ما يغاب عليه . ويضمن الراهن ما لا يغاب عليه ...- يجاب عنه : بمثل ما أجيب عن اعتراض المالكية على قياس الرهن على الوديعة الذي استدل به أصحاب القول الأول[٢] .

٤- أما دليلهم الرابع فقد سيق للتدليل على الكيفية التي يجب فيها ضمان ما يغاب عليه ، لذا فإنه مبني على أن المرهون الذي يغاب عليه مضمون . وهو قول غير مسلم ، كما بان من مناقـشة أدلته . فلا يكون ما بني عليه مسلماً .

ويقال مثل ذلك في الدليلين : الخامس ، والسادس : فإنهما مبنيان على أن المرهون الذي يغـاب عليه مضمون في حال عدم قيام البينة على تلفه بدون تعد أو تفريط من المرتهن . إلا أن الأول منهما مبني على أنه مضمون للتهمة ،وهي تنتفي إذا قامت البينة ، فلا يضمنه المرتهن . والآخر مبني على أنه مضمون أصالة ، فلا يخرجه قيام البينة عن كونه مضموناً . وكل منهمـا غيـر مسلم ؛ لأن المرهون الذي يغاب عليه غير مضمون ابتداء ، فيستوي فيه قيام البينـة أو عدمـه على ذلك .

٥- أما تعليل إلزام المرتهن باليمين فيما يغاب عليه ، وفيما لا يغاب عليه – يجاب عنـه مـن شقين :

الأول : أن إلزام المرتهن باليمين مبناه على التهمة ، ولهذا لا يقولون به متى ثبت التلف بالبينة . والبناء على التهمة غير صحيح ، كما سبق في مناقشة استدلالهم بالاستحسان .

الآخر : أن إلزام المرتهن باليمين فيما لا يغاب عليه لا يتسق مع ما ذكروه من عدم تضمينه في هذا النوع من المرهون ؛ لأنهم يقولون بعدم تضمينه ؛ بحجة أن التهمة لا تلحقه . ثـم يقولـون بتحليفه ؛ مخافة أن يكون أخفاه ، أو تلف بتفريطه . وكأنهم بهذا يجعلون المرتهن متهماً تـارة ، فيلزمه اليمين . وغير متهم تارة أخرى ، فلا يلزمه الضمان . وهذا تناقض ظاهر!

٦- إن تفرقة المالكية بين المرهون الذي يغاب عليه ، فيضمنه المرتهن . والذي لا يغاب عليه ، فلا يضمنه – غير متجهة لأمرين :

---

[١] ابن حزم ، المحلى ، ج٦ ، ص٣٧٧ .

[٢] انظر : ص ١٥٠ .

الأول : أن قوله – صلى ا عليه وسلم - : "لا يغْلَق الرهن ، الرهن من صاحبه الذي رهنـه ، له غنمه ، وعليه غرمه"[١] - قد جاء عاماً في المرهون الذي يغاب عليه وفـي غيـره ، فاسـم الرهن يقع على جميع ذلك ، فيبقى الحديث على عمومه حتى يدل الدليل على تخصيصه ، وهذا لم يوجد[٢] .

الآخر : أن هذه التفرقة خلاف الأصل ؛ لأن الأشياء – ومنها الرهن – لا تعدو : إما أن تكـون أمانة ، فلا تكون مضمونة فيما يغاب أولا يغاب عليه : كالوديعة ، والشركة ، والمـضاربة . أو أن تكون مضمونة ، فما يغاب أو لا يغاب عليه فيها سواء : كالمغصوب[٣] .

مما تقدم ، وبعد استعراض أقوال الفقهاء ، وأدلتهم ، ومناقشتها فإنني أختار القول الأول ؛ لمـا ذكره أصحاب هذا القول من أدلة . ويتأيد ذلك بأن العين المرهونة باقية على ملـك الـراهن ، ولهذا كان نماؤها ، وزيادتها ملكاً له . فيكون عليه ضمانها ؛ كسائر أملاكه . كما أن الدين إنما ينقضي بالطرق المعهودة من : الأداء ، أو الإبراء ، أو أن يتلف الدائن عيناً للمدين فيتقاصـان حينئذ . ولم يوجد شيء من هذه المعاني هنا حتى يقال بسقوط دين المرتهن .

موقف القانون المدني الأردني

أخذ القانون المدني الأردني بالقول الثاني (المرهون مضمون) . جاء في المادة (١٣٩٦) :

"١- إذا هلك المرهون في يد المرتهن ضمن قيمته يوم القبض .

٢- فإذا كانت قيمته مساوية لقيمة ضمانه سقط الدين ، سواء أكان الهلاك بتعدي المرتهن أم لا .

٣- وإذا كانت قيمته أكثر من الدين سقط الدين عن الراهن ، وضمن المرتهن البـاقي إن كـان الهلاك بتعديه أو تقصيره في حفظه .

٤- وإذا كانت قيمته أقل من الدين سقط من الدين بقدره ، ويرجع الدائن بمـا بقـي لـه علـى الراهن".

---

(١) سبق تخريجه . انظر : ص١٣٩ ، هامش (١) .

(٢) الشافعي ، الأم ، ج٤ ، ص٩٩ .

(٣) الشافعي ، الأم ، ج٤ ، ص٦٣ ، ص ٩٩ . الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٦ ، ص٢٥٩ .

المبحث الثاني : أثر فوات محل عقد الكفالة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أثر فوات محل عقد الكفالة بالمال

المطلب الثاني : أثر فوات محل عقد الكفالة بالنفس

تعريف الكفالة

الكفالة لغة : "تكفلت بالشيء : معناه قد ألزمته نفسي"[١] . "والكافل ، والكفيـل : الـضامن .... وكَفَل المال وبالمال : ضمِنه . وكفَل بالرجل يكْفُل ويكْفِل كفْلاً وكُفُولاً وكفالة وكَفُلَ وكَفِلَ وتكفل به كله : ضمنه"[٢] .

واصطلاحاً : "ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً"[٣] : "بنفس ، أو بدين ، أو عين"[٤].

تتنوع الكفالة إلى نوعين[٥] :

١- الكفالة بالمال وهي أيضاً على نوعين :

أ- الكفالة بالدين : وهي التزام دين ثابت في ذمة الغير[٦] .

ب- الكفالة بالعين : وهي التزام رد العين ممن هي في يده . كالتزام رد المغصوب ، والعارية ، والمبيع قبل قبضه[٧] .

٢- الكفالة بالنفس : "وهي التزام إحضار المكفول إلى المكفول له"[٨] .

وباستعراض هذه الأنواع يتبين أن محل عقد الكفالة يختلف بحسب نوعها : فمحل عقـد الكفالـة بالمال : الدين ، والعين المكفول بهما . ومحل عقد الكفالة بالنفس : النفس المكفول بإحضارها .

وسنتناول الحديث عن أثر فوات كل منها في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : أثر فوات محل عقد الكفالة بالمال

---

[١] ابن منظور ، لسان العرب ، ج١١ ، ص٥٨٨ ، مادة (كفل) .

[٢] المصدر نفسه ، ج١١ ، ص٥٩٠ ، مادة (كفل) .

[٣] التمرتاشي ، تنوير الأبصار ، ج٧ ، ص٥٨٩ .

[٤] الحصكفي ، الدر المختار ، ج٧ ، ص٥٨٩ .

[٥] الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٥ ، ص٢١ .

[٦] الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٢٦٩ .

[٧] المصدر نفسه ، ج٢ ، ص٢٧٥ .

[٨] المصدر نفسه ، ج٢ ، ص٢٧٦ .

الفرع الأول : أثر فوات الدين المكفول به

اتفق الفقهاء[١] على أن الدين المكفول به إذا سقط فإن الكفالة تنفسخ ، ويبرأ الكفيل : كما لو كفل بثمن مبيع ، ثم تبين أن المبيع مستحق ، أو رده المشتري بعيب ، أو بإقالة .

وجه هذا الاتفاق : أن المبيع إذا استحق ، أو رده المشتري بعيب ، أو بإقالة – فإن البيع ينفسخ، ويبرأ المشتري من الثمن . وبراءة الأصيل (المشتري) من الدين المكفول به (الثمن) توجب براءة الكفيل ؛ لأن الكفيل إنما تلزمه المطالبة التي هي على الأصيل ، وقد سقطت المطالبة عن الأصيل ، فتسقط عن الكفيل[٢] .

مما تقدم يتبين أن القول بانفساخ الكفالة ، وبراءة الكفيل متى فات الدين المكفول به – يستوي فيه أن يكون هذا الفوات أصالة : بأن يتبين براءة الأصيل من الدين المكفول به بأمر سابق للكفالة . كما لو ظهر أن المبيع مستحق . أم أن يكون هذا الفوات عرضاً : بأن يسقط الدين المكفول به عن الأصيل بأمر عارض بعد الكفالة . كما هو الحال في رد المبيع بعيب ، أو بإقالة .

وهذا قول متجه في كل من الحالتين ؛ لأن الكفالة قد وقعت بالدين ، وقد فات أصالة أو عرضاً، فلا وجه لبقاء الكفالة .

الفرع الثاني : أثر فوات العين المكفول بها

يختلف أثر فوات العين المكفول بها بحسب نوع هذه العين . كما أن بحث أثر فواتها إنما يتصور في المواضع التي يقال فيها بصحة كفالة هذا النوع من الأعيان ؛ إذ ليس يستقيم بحث أثر فوات عين لا يقال بصحة كفالتها ؛ لأن الكفالة فيها لم تنعقد ابتداء . وقد اختلفت المذاهب الفقهية في هذا المقام ، فراح كل مذهب يذكر تقسيماً وتفصيلاً يختلف عنه في بقية المذاهب ، وإن كانوا يلتقون في بعضها . الأمر الذي حدا بنا إلى إفراد كل مذهب على حده على النحو التالي :

---

[١] السرخسي ، المبسوط ، ج٢٠ ، ص١٠٤ . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٧ ، ص٦٤١ . الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٦ ، ص٤٤٥ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص١٧٦ . البهوتي ، كشاف القناع ، ج٣ ، ص٤٢٥ . البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص١٢٣ .

[٢] السرخسي ، المبسوط ، ج٢٠ ، ص١٠٤ .

مذهب الحنفية[١] : فرق الحنفية – ابتداء – في كفالة الأعيان بين نوعين من الكفالة هما : الكفالة بذواتها وأعيانها ، والكفالة بتسليمها . ففي النوع الأول : يكون الكفيل ملتزماً بتسليمها إن كانت قائمة ، أو بدلها إن كانت هالكة . وفي النوع الآخر : يكون الكفيل ملتزماً بتسليمها ما دامت قائمة فقط ، فلا يلزمه بدلها إن هلكت .

قسم الحنفية الأعيان إلى أربعة أنواع فقالوا : الأعيان : إما أن تكون مضمونة ، أو أمانة . والمضمونة : إما أن تكون مضمونة بنفسها ، أو بغيرها . والأمانة : إما أن يكون تسليمها واجباً، أو لا. والكفالة في كل منها : إما أن تكون بذواتها وأعيانها ، أو بتسليمها . وبيان ذلك فيما يلي:

١- الأعيان المضمونة بنفسها : والمراد بها : "ما يجب تسليمه بعينه ، فإن هلك ضمن مثله إن كان له مثل ، وبقيمته إن لم يكن له مثل"[٢] . "وذلك كالمغصوب ، والمهور ، وبدل الخلع ، والصلح عن دم العمد ونحو ذلك"[٣] . وهذه الأعيان تصح الكفالة بذواتها .

وإذا هلكت هذه الأعيان وجب على الكفيل بدلها من المثل ، أو القيمة .

وجه ذلك : أن هذه الأعيان مضمونة بنفسها ، فيجب على الكفيل بدلها عند هلاكها.[٤]

٢- الأعيان المضمونة بغيرها : والمراد بها : "الأعيان الواجبة التسليم قائمة ، وعند هلاكها لا يجب تسليم مثلها ، ولا قيمتها"[٥] ، بل يجب شيء آخر غيرها . وذلك كالمبيع قبل القبض ، والمرهون بعد القبض : فالمبيع قبل قبضه ليس مضموناً بنفسه ، بل بغيره وهو الثمن ، ولهذا إذا هلك لم يجب على البائع شيء ، بل يسقط الثمن عن المشتري . والمرهون بعد القبض ليس مضموناً بنفسه ، بل بغيره وهو الدين ، ولهذا إذا هلك لم يجب على المرتهن شيء ، بل يسقط الدين عن الراهن بقدره . وهذه الأعيان لا تصح الكفالة بذواتها ، وتصح بتسليمها : بأن يكفل

---

[١] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص١٣ . البابرتي ، العناية ، ج٧ ، ص١٨٦ – ص١٨٨ . العيني ، البناية، ج٨ ، ص٤٤٩ – ص٤٥٠ . ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٧ ، ص١٨٤ – ص١٨٦ . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٧ ، ص٦٢٩ – ص٦٣١ .

[٢] ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٧ ، ص١٥٤ .

[٣] الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٥ ، ص٢١ .

[٤] البابرتي ، العناية ، ج٧ ، ص١٨٧ .

[٥] ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٧ ، ص١٥٤ .

عن البائع تسليم المبيع قبل قبضه إلى المشتري . وأن يكفل عن المرتهن تسليم المرهـون إلـى الراهن بعد استيفاء المرتهن الدين .

وإذا هلكت هذه الأعيان انفسخت الكفالة ، ولم يجب على الكفيل شيء .

وجه ذلك :

أ- القياس على الكفالة بالنفس[١] : فإنها تنفسخ بموت المكفول به ، ويبرأ الكفيل فكذلك هنا .

ب- ولأن المبيع إذا هلك قبل قبضه فإن البيع ينفسخ ، ويجب على البائع رد الثمن ، والكفيل لم يكفل الثمن[٢] .

٣- الأعيان التي هي أمانة ، وواجبة التسليم : أي يجب ردها . كالعارية ، والعين المـستأجرة . وهذه الأعيان لا تصح الكفالة بذواتها ، وتصح بتسليمها : بأن يكفل عن المستعير تسليم العارية . أو يكفل عن المؤجر تسليم العين المستأجرة إلى المستأجر : "كمن استأجر دابة ، وعجل الأجر ، ولم يقبضها ، وكفل له بذلك كفيل"[٣] .

وإذا هلكت هذه الأعيان انفسخت الكفالة ، ولم يجب على الكفيل شيء .

وجه ذلك :

أ- القياس على الكفالة بالنفس[٤] : فإنها تنفسخ بموت المكفول به ، ويبرأ الكفيل فكذلك هنا .

ب- ولأن العين المستأجرة إذا هلكت فإن الإجارة تنفسخ ، ولا يصير الأصيل مطالباً بتسليمها ، وإنما عليه رد الأجر ، والكفيل لم يكفل الأجر[٥] .

٤- الأعيان التي هي أمانة،وغير واجبة التسليم:أي ليست بواجبة الرد، بل الواجب فيها التخلية. كالوديعة ، ومال المضاربة ، والشركة . وقد اتفق الحنفية على أنه لا تصح الكفالة بذواتها .

واختلفوا في صحة الكفالة بتسليمها على قولين :

القول الأول: تصح الكفالة بتسليمها، فيكون الواجب على الكفيل التخلية بينه وبينها،لا ردها إليه .

القول الآخر : لا تصح الكفالة بتسليمها .

---

[١] الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٥ ، ص٤٥ . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٧ ، ص٦٣٠ .

[٢] البابرتي ، العناية ، ج٧ ، ص١٨٨ .

[٣] المصدر نفسه ، ج٧ ، ص١٨٨ .

[٤] الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٥ ، ص٤٥ . الحصكفي ، الدر المختار ، ج٧ ، ص٦٣٠ .

[٥] البابرتي ، العناية ، ج٧ ، ص١٨٨ . ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج٧ ، ص١٨٦ .

وبناء على القول الأول الذي يرى صحة الكفالة بتسليمها ، إذا هلكت هـذه الأعيـان انفـسخت الكفالة ، ولم يجب على الكفيل شيء .

وجه ذلك : القياس على الكفالة بالنفس[١] : فإنها تنفسخ بموت المكفول به ، ويبرأ الكفيل فكـذلك هنا .

مذهب المالكية : يرى المالكية أنه لا تصح كفالة الأعيان[٢] . ومثلوا لها : بالوديعة ، والعارية ، ومال المضاربة ، والشركة[٣] ، والمبيع المعين قبل القبض[٤] . فلا يصح أن يكفلها على أنها إذا تلفت أتى بها بعينها[٥] . فإن كفل ما يترتب عليها بسبب التعدي عليها أو التفريط مـن ضـمان القيمة لا ضمان المثل فإنه يصح[٦] .

وبناء على ذلك فإن الكفالة تصح بما يترتب عليها بسبب التعدي أو التفريط من ضمان القيمـة ، فإذا تلفت بسبب ذلك لزم الكفيل قيمتها[٧] .

مذهب الشافعية[٨] : نص الشافعية على أن من كفل عيناً لمالكها وهي في يد غيره فإنه ينظر :

١- إذا كانت العين مضمونة على من هي في يده . كالمغصوب ، والعاريـة ، والمبيـع قبـل القبض ، والأمانات إذا تعدى فيها – فلكفالتها صورتان :

أ- الصورة الأولى : أن يكفل ردها . فللشافعية في صحة هذه الكفالة قولان :

القول الأول : تصح الكفالة بردها .

القول الآخر : لا تصح الكفالة بردها .

---

[١] الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٥ ، ص٤٥ . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٧ ، ص٦٣٠ .

[٢] القفصي ، لباب اللباب ، ص٢١٤ . الزرقاني ، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ، ج٦ ، ص٤٥ . الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٦ ، ص٣٠٩ .

[٣] الزرقاني ، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ، ج٦ ، ص٤٥ .

[٤] ابن الحاجب ، جامع الأمهات ، ص٣٩٢ . العدوي ، حاشية العدوي على الخرشي ، ج٦ ، ص٣٠٨ .

[٥] الزرقاني ، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ، ج٦ ، ص٤٥ . العدوي ، حاشـية العـدوي علـى الخرشي ، ج٦ ، ص٣٠٨.

[٦] ابن الحاجب ، جامع الأمهات ، ص٣٩٢ . الزرقاني ، شرح الزرقاني على مختصر سـيدي خليـل ، ج٦ ، ص٤٥ . العدوي ، حاشية العدوي على الخرشي ، ج٦ ، ص٣٠٩ .

[٧] الزرقاني ، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ، ج٦ ، ص٤٥ .

[٨] الرافعي ، العزيز ، ج٥ ، ص١٦١ – ص١٦٢ . النووي ، روضة الطالبين ، ج٣ ، ص٤٨٧ – ص٤٨٨ . المحلي ، كنز الراغبين ، ج٢ ، ص٥٢٥ – ص٥٢٦ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٢٧٥ .

وعلى القول بصحة هذه الكفالة ، إذا هلكت هذه العين فللشافعية في لزوم قيمتها وجهان :

الوجه الأول : لا يلزم الكفيل قيمتها ، وهو "الأصح"[١] .

وجه ذلك : القياس على ما إذا مات المكفول ببدنه : فإنه لا يلزم الكفيل شيء فكذلك هنا[٢] .

الوجه الآخر : يلزم الكفيل قيمتها .

ب- الصورة الأخرى : أن يكفل قيمتها إذا تلفت . فللشافعية في صحة هذه الكفالة قولان :

الأول : لا تصح ، وهو الأصح .

الآخر : تصح .

وعلى القول بصحة هذه الكفالة ، إذا هلكت هذه العين لزم الكفيل قيمتها .

٢- إذا لم تكن العين مضمونة عليه . كالعين المرهونة[٣] ، والمستأجرة[٤] ، والمال في يد المضارب[٥] ، والشريك ، والوكيل ، والوصي ، والوديعة – فلا تصح كفالتها .

مذهب الحنابلة : فرق الحنابلة في كفالة الأعيان بين الأعيان المضمونة وبين الأمانات على النحو التالي :

١- الأعيان المضمونة . كالمغصوب ، والعارية . وهذه تصح كفالتها[٦] ، على الصحيح من مذهبهم[٧] . وهنالك رواية بعدم صحتها[٨] .

وعلى القول بصحة كفالتها ، إذا هلكت هذه الأعيان لزم الكفيل قيمتها[٩] .

---

[١] القليوبي ، حاشية القليوبي ، ج٢ ، ص٥٢٥ .

[٢] البصير ، النهاية ، ص١٨٣ . البيجوري ، حاشية البيجوري ، ج١ ، ص٧٢٨ .

[٣] البكري ، حاشية إعانة الطالبين ، ج٣ ، ص١٣٤ .

[٤] الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٤ ، ص٦٠٠ .

[٥] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٦ ، ص٤٣٣ – ص٤٣٤ . البغوي ، التهذيب ، ج٤ ، ص١٧٧ .

[٦] ابن قدامة ، المقنع ، ج٢ ، ص١١٥ . أبو البركات ، المحرر ، ج١ ، ص٥٠١ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص١٨٠ .

[٧] المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص١٨٠ .

[٨] ابن مفلح ، المبدع ، ج٤ ، ص٢٤٠ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص١٨٠ .

[٩] البهوتي ، كشاف القناع ، ج٣ ، ص٤٣٢ . البهوتي ، إرشاد أولي النهى ، ج١ ، ص٧٢٩ .

٢- الأمانات . كالعين المرهونة ، والوصية[١] ، والعين المستأجرة ، والوديعة ، ومال الشركة، والمضاربة . فهذه لا تصح كفالتها إلا أن يكفل لصاحبها ما يلزم بالتعدي فيها فإنها تـصح[٢] ، وهذا هو المذهب عندهم[٣] . وهنالك رواية بصحة كفالتها مطلقاً . وحملها الحنابلة على مـا إذا كفلها إن تعدى فيها ، فإنها تصح بلا نزاع[٤] .

وبناء على ما تقدم فإنه تصح كفالة الأمانات إذا تعدى فيها ، فإذا هلكت فإنه ينظر : إن كان هذا بغير تعد أو تفريط ممن هي في يده ، لم يلزم الكفيل شيء . وإن كان بتعد أو بتفـريط منـه ، لزمه ضمانها ، ولزم الكفيل ذلك[٥] .

وجه ذلك : أن الأمانات تصير مضمونة بالتعدي أو التفريط على من هي في يده ، فيلزم الكفيل ضمانها ؛ كالأعيان المضمونة[٦] .

والذي يظهر هو صحة ما ذهب إليه الحنفية ؛ للتوجيه الذي ذكروه . وباستعراض الأقسام التـي أوردوها يتبين أنهم يلزمون الكفيل ضمان المثل أو القيمة عند فوات العين المكفولـة إذا كانـت مضمونة بنفسها فقط ، فلا يلزمه الضمان عند فوات العين المكفولة إذا كانت مضمونة بغيرها ، أو أمانة واجبة التسليم أم لا . وهذا قول متجه ؛ لأن الأصيل لا يلزمه ضمان المثـل أو القيمـة عند فوات العين المكفولة إلا إذا كانت مضمونة بنفسها ، فأولى أن يكون الكفيل – وهـو تبـع للأصيل – غير ملزم بالضمان إلا في هذا الموضع .

ـ أما المواضع التي نص فيها الشافعية على أثر فوات العين المكفولة فتناقش بما يلي :

١- ما ذهب إليه الشافعية – في الأصح – من أن الكفيل إذا كفل رد العين المضمونة ، ثم تلفت، لا يلزمه قيمتها – ينبغي تقييده بما إذا كانت العين المكفولة مضمونة بغيرها ؛ لأن الأصيل فيها

---

[١] السامري ، المستوعب ، ج٢ ، ص٢٢٣ .

[٢] ابن قدامة ، المقنع ، ج٢ ، ص١١٥ . ابن قدامة ، الكافي ، ج٢ ، ص١٣١ . الحجـاوي ، الإقنـاع ، ج٢ ، ص١٨٠ .

[٣] المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص١٧٩ .

[٤] أبو البركات ، المحرر ، ج١ ، ص٥٠١ . ابن مفلح ، المبدع ، ج٤ ، ص٢٤٠ . المرداوي ، الإنـصاف ، ج٥، ص١٧٩ .

[٥] ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٣٨٤ .

[٦] المصدر نفسه ، ج٤ ، ص٣٨٤ .

لا تلزمه قيمتها إذا تلفت ، فكذا الكفيل . أما إذا كانت العين المكفولة مضمونة بنفسها ، فلا يستقيم فيها هذا القول ؛ لأن الأصيل فيها تلزمه قيمتها إذا تلفت ، فيلزم ذلك الكفيل .

٢- أما القياس على ما إذا مات المكفول ببدنه فإنه لا يصح الاستدلال به في تقرير هذا الحكم بالنسبة إلى العين المضمونة بنفسها ؛ لأنه قياس مع الفارق ؛ فالمكفول ببدنه إذا مات لم يعد ملزماً بالحضور ، فلا يلزم كفيله إحضاره[1] . وهذا بخلاف الأصيل في كفالة الأعيان المضمونة بنفسها : فإنه يلزمه قيمتها عند تلفها ، فكذا الكفيل .

٣- ما ذهب إليه الشافعية – في قول – من أن الكفيل تلزمه قيمتها عند تلفها إذا كفل ردها ، أو قيمتها إذا تلفت – فإنه مسلم في الأعيان المضمونة بنفسها دون المضمونة بغيرها ؛ للتعليل المذكور آنفاً .

ـ أما المواضع التي نص فيها الحنابلة على أثر فوات العين المكفولة فتناقش بما يلي :

١- ما ذهب إليه الحنابلة – في الصحيح من مذهبهم – من أن الأعيان المضمونة إذا تلفت لزم الكفيل قيمتها – فإنه مسلم في الأعيان المضمونة بنفسها دون المضمونة بغيرها ؛ للتوجيه المذكور آنفاً .

٢- ما ذكره الحنابلة من صحة كفالة الأمانات إذا تعدى فيها ، وأن الكفيل يلزمه الضمان عند تلفها بتعد أو بتفريط ممن هي في يده – فإنه قول متجه ؛ لأن الأصيل يلزمه الضمان عند تلفها بتعد أو بتفريط منه ، فيلزم ذلك الكفيل .

وهذا يتفق مع ما ذكره المالكية من أن الكفالة تصح بما يترتب عليها بسبب التعدي أو التفريط من ضمان القيمة ، فإذا تلفت بسبب ذلك لزم الكفيل قيمتها .

أما ما ذكره المالكية من أنه لا تصح كفالة الأعيان على أنها إذا تلفت أتى بها بعينها – فلا يظن بأحد أنه يخالف في هذا ؛ لأن المواضع التي قيل فيها بتغريم الكفيل عند فوات العين المكفولة كان التغريم فيها بضمانها من المثل أو القيمة لا الإتيان بعينها .

---

[1] المرغيناني ، الهداية ، ج٣ ، ص٩٧ . الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٤ ، ص١٢٣ .

المطلب الثاني : أثر فوات محل عقد الكفالة بالنفس

أقوال الفقهاء وأدلتهم

اختلف الفقهاء إذا مات المكفول به على ثلاثة أقوال :

القول الأول : تنفسخ الكفالة ، ويبرأ الكفيل . وقد روي هذا عن : شريح ، والشعبي ، وحماد بن أبي سليمان[١] . وهو مذهب الحنفية[٢] ، والمالكية[٣] ، والشافعية في وجـه[٤] ، والحنابلـة فـي الصحيح من المذهب[٥] .

وجه هذا القول :

١- إن الكفيل قد التزم إحضار المكفول به ، فإذا مات سقط عنه الحضور ، فيـسقط الإحـضار عن الكفيل[٦] ، ويبرأ ؛ كما لو برئ الأصيل من الدين[٧] .

٢- إن المكفول به إذا مات فات محل التسليم ، ولا يمكن التسليم بدون المحل ، وكما أن عـدم إمكان التسليم يمنع ابتداء الكفالة ، فكذلك يمنع بقاءها[٨] .

٣- ولأن المكفول به إذا مات فقد تحقق عجز الكفيل عن إحضاره ، فينبغي أن تنفسخ الكفالة[٩].

٤- ولأن الكفيل لم يلتزم المال الذي على المكفول به ، فلا يطالب به ؛ كما لو كفل المسلَم فيه ، فانقطع : فإنه لا يطالب برد رأس المال[١٠] .

---

[١] ابن المنذر ، الإشراف ، ج١ ، ص١٢٦ . ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٤٠١ .

[٢] المرغيناني ، بداية المبتدي ، ج٣ ، ص٩٧ . صدر الشريعة ، النقاية ، ج٢ ، ص٤٩٦ . الحلبـي ، ملتقـى الأبحر ، ج٣ ، ص١٧٦ .

[٣] ابن عسكر ، إرشاد السالك ، ص٩٦ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢٣٧ . الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٧ ، ص٦٠ .

[٤] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٦ ، ص٤٦٦ . الرافعي ، العزيز ، ج٥ ، ص١٦٥ . عميرة ، حاشية عميرة، ج٢ ، ص٥٢٥ .

[٥] المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص١٩٣ . ابن النجار ، منتهـى الإرادات ، ج٢ ، ص٤٣٨ . ابـن بلبـان ، أخصر المختصرات ، ص١٧٦ .

[٦] المرغيناني ، الهداية ، ج٣ ، ص٩٧ . الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٤ ، ص١٢٣ .

[٧] ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٤٠١ . التنوخي ، الممتع ، ج٣ ، ص٢٦٣ .

[٨] السرخسي ، المبسوط ، ج١٩ ، ص١٩٨ .

[٩] ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٦ ، ص٣٥٤ . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٧ ، ص٦٠٥ .

[١٠] الرافعي ، العزيز ، ج٥ ، ص١٦٥ . النووي ، روضة الطالبين ، ج٣ ، ص٤٩١ .

القول الثاني : يغرم الكفيل المال الذي على المكفول بـه . وقـد روي هـذا عـن : الحكـم ، والليث بن سعد[١] . وهو وجه عند الشافعية[٢] . وقول عند الحنابلة[٣] .

ومحل هذا القول عند الحنابلة إذا لم يشترط الكفيل عدم الغرم وإلا فلا يغرم[٤] .

وجه هذا القول :

١- إن الكفيل وثيقة بالحق ، فإذا تعذر تحصيله ممن هو عليه استوفي من الوثيقة ؛ كالرهن[٥] .

٢- ولأن المكفول به قد تعذر إحضاره ، فيلزم الكفيل ما عليه ؛ كما لو غاب المكفول به[٦] .

٣- ولأن الدين لم يسقط عن المكفول به ، فلا يبرأ الكفيل ؛ كما لو كفل بالـدين ، ولـم يبـرأ الأصيل منه[٧] .

القول الثالث : لا يغرم الكفيل المال الذي على المكفول به ، ولا تنفسخ الكفالـة ، بـل يطالـب الكفيل بإحضاره ما لم يدفن إذا أراد المكفول له إقامة البينة على صورته : "كأن يكون لزيد على عمرو مائة دينار بشهادة شهود لا يعرفون نسب عمرو ، بل يعرفون ذاته . وتكفل بكر بعمـرو أن يحضره ، فمات عمرو قبل إحضاره . فلصاحب الحق أن يلزم الكفيل بإحضار جثتـه عنـد القاضي ؛ ليشهد الشهود على عينه ؛ ليثبت الحق ، ويستوفى من تركته"[٨] . وهذا هو الأصـح عند الشافعية[٩] .

---

[١] ابن المنذر ، الإشراف ، ج١ ، ص١٢٦ . ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٤٠١ .

[٢] الرافعي ، العزيز ، ج٥ ، ص١٦٥ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٢٧٩ . الرملي ، نهاية المحتاج، ج٤ ، ص٤٥٢ .

[٣] الكلـوذاني ، الهدايـة ، ص١٥٦ – ص١٥٧ . ابـن قدامـة ، الكـافي ، ج٢ ، ص١٣٣ – ص١٣٤ . شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير ، ج٥ ، ص١٠٤ .

[٤] السامري ، المستوعب ، ج٢ ، ص٢٣٠ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص١٩٤ .

[٥] الأنصاري ، الغرر البهية ، ج٥ ، ص٤٤٥ . ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٤٠١ .

[٦] ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٤٠١ . شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير ، ج٥ ، ص١٠٤ .

[٧] المقدسي ، العدة ، ص٢٤٢ .

[٨] الغمراوي ، أنوار المسالك ، ص١٧٢ . وانظر : البقاعي ، فيض الإله المالك ، ج٢ ، ص٨٤ .

[٩] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٦ ، ص٤٦٦ . الرافعـي ، العزيـز ، ج٥ ، ص١٦٥ . النـووي ، منهـاج الطالبين، ج٢ ، ص٢٧٩ . ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج٢ ، ص٣٠٥ .

وجه هذا القول :

١- أما عدم غرم الكفيل للمال ؛ فلأنه لم يلتزمه ، فلا يطالب به ؛ كما لو كفـل المـسلَم فيـه ، فانقطع : فإنه لا يطالب برأس المال[١] .

٢- أما عدم انفساخ الكفالة ، ومطالبة الكفيل بإحضاره ؛ فقياساً على ما إذا تكفل ابتـداء ببـدن ميت : فإنه يلزمه إحضاره فكذلك هنا[٢] .

المناقشة والقول المختار

ـ يمكن مناقشة ما استدل به أصحاب القول الثاني على النحو التالي :

١- أما القياس على الرهن فيجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن الرهن قد تعلق به المـال ، فيستوفى منه[٣] . وهذا بخلاف الكفيل : حيث لم يتعلق به المال ؛ لأنه لم يلتزمه .

٢- أما القياس على غياب المكفول به فيجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن المكفول بـه إذا غاب لم يسقط عنه الحضور[٤] ، فلا يبرأ الكفيل . وهذا بخـلاف موتـه : فإنـه يـسقط عنـه الحضور، فيبرأ الكفيل .

٣- أما القياس على ما لو كفل بالدين ، ولم يبرأ الأصيل منه – يجاب عنه : بأنـه قيـاس مـع الفارق ؛ لأنه إذا كفل بالدين فقد لزمه ، فلا يبرأ منه ما لم يبرأ الأصيل . وهذا بخلاف الكفالـة بإحضار المكفول به ؛ لأنه قد كفل إحضاره لا دينه ، وقد برأ المكفول به مما تكفل بـه الكفيـل وهو حضوره ، فيبرأ الكفيل .

ـ يمكن مناقشة ما استدل به أصحاب القول الثالث على النحو التالي :

١- أما الاستدلال لعدم تغريم الكفيل فمسلم ، وهو قدر مشترك بين هذا القول ، والقول الأول .

٢- أما القياس على ما إذا تكفل ابتداء ببدن ميت – فيجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأنه إذا تكفل ابتداء ببدن ميت فقد لزمه إحضاره ميتاً ؛ عملاً بالتزامه . وهذا بخلاف ما إذا كفل به وهو

---

[١] الأنصاري ، الغرر البهية ، ج٥ ، ص٤٤٥ . الرملي ، غاية البيان ، ص٣٠٤ .

[٢] الرافعي ، العزيز ، ج٥ ، ص١٦٥ . الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٤ ، ص٦٠٣ .

[٣] ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٤٠١ . ابن مفلح ، المبدع ، ج٤ ، ص٢٤٩ .

[٤] ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، ص٤٠١ . البهوتي ، كشاف القناع ، ج٣ ، ص٤٤٢ .

حي : فإن الذي يخطر بالبال غالباً حمل الإحضار الملتزم به على حال حياته[1] ، فإذا مات لـم يكن ملزماً به .

مما تقدم ، وبعد استعراض أقوال الفقهاء ، وأدلتهم ، والمناقشة فإنني أختـار مـا ذهـب إليـه أصحاب القول الأول ؛ لما ذكروه . ويتأيد ذلك بأن المقصود من كفالة النفس : إحضار المكفول به عند حلول الأجل ؛ تمهيداً لاستيفاء المال منه ، وليس المراد منها استيفاء المال مـن الكفيـل متى تعذر تحصيله من المكفول به ، فالقول بتغريم الكفيل يتنافى والمقصود من هذه الكفالة . كما أن القول بتغريم الكفيل قد يفضي إلى تعطيل هذا النوع من الكفالة : فالكفيل أقدم عليها ؛ بغية إحضاره عند حلول الأجل دون الالتزام بالمال الذي عليه ، وربما لو علم أنه سـيغرم إذا مـات المكفول به لامتنع عنها ابتداء . والقول بعدم انفساخ الكفالة ، ومطالبة الكفيل بإحضاره – مـن شأنه إلزام الكفيل بما لم يعد لازماً على الأصيل ، وهذا لا يجوز ؛ لأن الكفيل تبع للأصيل ، فلا يلزمه غير ما يلزم الأصيل .

موقف القانون المدني الأردني

أخذ القانون المدني الأردني بما اتفق عليه الفقهاء من أن الكفيل يبرأ إذا سقط الدين المكفول به . جاء في المادة (٩٨٨) : "الكفيل بثمن المبيع يبرأ من الكفالة إذا : انفـسخ البيـع ، أو اسـتحق المبيع، أو رد بعيب" .

وأخذ في أثر فوات محل عقد الكفالة بالنفس بالقول الأول (يبرأ الكفيل) . جاء في المادة (٩٦٣) فقرة (٢) : "كما يبرأ (الكفيل بالنفس) بموت المكفول" .

---

[1] الغزالي ، الوسيط ، ج٣ ، ص٢٣٩ – ص٢٤٠ . الرافعي ، العزيز ، ج٥ ، ص١٦٥ .

الفصل الثالث : أثر فوات محل العقد في العقود غير اللازمة من الجانبين

وفيه المباحث التالية :

المبحث الأول : أثر فوات محل عقد الهبة

المبحث الثاني : أثر فوات محل عقد العارية

المبحث الثالث : أثر فوات محل عقد الوكالة

المبحث الرابع : أثر فوات محل عقد الشركة

المبحث الخامس : أثر فوات محل عقد المضاربة

المبحث السادس: أثر فوات محل عقد الوصية

المبحث السابع : أثر فوات محل عقد الوديعة

المبحث الأول : أثر فوات محل عقد الهبة

وفيه المطالب التالية :

المطلب الأول : أثر فوات العين الموهوبة بآفة سماوية

المطلب الثاني : أثر فوات العين الموهوبة بفعل الواهب

المطلب الثالث : أثر فوات العين الموهوبة بفعل الموهوب له

المطلب الرابع : أثر فوات العين الموهوبة بفعل أجنبي

تعريف الهبة

الهبة لغة : العطية بلا عوض . تقول : "وهبت لزيد مالاً ، أهبه له هبة : أعطيته بلا عوض"[١].

واصطلاحاً : "تمليك في الحياة بغير عوض"[٢] .

قبل الحديث عن أثر فوات محل عقد الهبة ، أرى من المفيد ذكره أن نمهد لذلك بمسألتي : ملك الهبة ، ولزومها ؛ لما لهاتين المسألتين من اتصال مباشر بما نحن في صدد بحثه :

المسألة الأولى : ملك الهبة

اختلف الفقهاء فيما تملك به الهبة على قولين :

القول الأول : لا تملك الهبة إلا بالقبض ، فلا يملكها الموهوب له قبل قبضها . وهذا مذهب الحنفية[٣] ، والشافعية[٤] ، والحنابلة في قول[٥] .

القول الثاني : تملك الهبة بمجرد العقد ، فتكون ملكاً للموهوب له قبل قبضها . وهذا مذهب المالكية[٦] ، والحنابلة في قول[٧] .

المسألة الثانية : لزوم الهبة

اختلف الفقهاء في لزوم الهبة على ثلاثة أقوال :

القول الأول : لا تلزم الهبة إلا بالقبض ، فيملك الواهب الرجوع قبل القبض ، ولا يملك الرجوع بعده إلا الوالد فيما يهبه لولده . وهذا مذهب الشافعية[٨] ، والحنابلة في المذهب[٩] .

---

[١] الفيومي ، المصباح المنير ، ج٢ ، ص٩٢٨ ، مادة (وهب) .

[٢] ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص٣٨٧ .

[٣] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص١٩٢ . المرغيناني ، الهداية ، ج٣ ، ص٢٥١ .

[٤] الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص٣٣٤ . النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٥٤١ – ص٥٤٢ .

[٥] المرداوي ، الإنصاف ، ج٧ ، ص١١٣ . البهوتي ، كشاف القناع ، ج٤ ، ص٣٦٢ .

[٦] الآبي ، جواهر الإكليل ، ج٢ ، ص٣١٧ . الدردير ، الشرح الكبير ، ج٥ ، ص٤٩٦ .

[٧] المرداوي ، الإنصاف ، ج٧ ، ص١١٢ . ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج٣ ، ص٣٩٣ .

[٨] أبو شجاع ، الغاية والتقريب ، ص١٤٤ . النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٥٤٣ – ص٥٤٤ .

[٩] المرداوي ، الإنصاف ، ج٧ ، ص١١١ ، ص١١٥ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٣ ، ص٣١ ، ص٣٥ – ص٣٦.

القول الثاني:تلزم الهبة بمجرد العقد ، فلا يملك الواهب الرجوع مطلقاً إلا الوالد فيما يهبه لولده. وهذا مذهب المالكية[١] .

القول الثالث : الهبة غير لازمة مطلقاً ، فيملك الواهب الرجوع قبل القبض وبعـده إلا إذا كـان الموهوب له : ذا رحم ، أو زوجاً ، أو زوجة له . وهذا مذهب الحنفية[٢] .

محل عقد الهبة : العين الموهوبة . ولمعرفة أثر فواتها نقول : إذا فاتت العين الموهوبة فإمـا أن يكون الفوات : بآفة سماوية ، أو بفعل الواهب ، أو بفعل الموهوب له ، أو بفعل أجنبي .

وفي كل ما تقدم قد يقع الفوات قبل القبض ، وقد يقع بعده . وبيان ذلك في المطالب التالية :

المطلب الأول : أثر فوات العين الموهوبة بآفة سماوية

اتفق الفقهاء[٣] على أن العين الموهوبة إذا تلفت بآفة سماوية في يد الموهوب له فإنه لا يضمنها للواهب ، فلو رجع الواهب في هبته لم يملك تضمينه إياها .

وجه هذا الاتفاق :

١- إن العين الموهوبة أمانة في يد الموهوب له ، فلا يضمنها[٤] .

٢- إن الهبة عقد تبرع ، وعقود التبرع لا توجب الضمان[٥] .

٣- ولأن العين الموهوبة تلفت على ملك الموهوب له ، فلا يضمنها للواهب[٦] .

إلا أن الحنفية[٧] يرون أن الموهوب له إذا منع العين الموهوبة عن الواهب ، بعد قضاء القاضي بالرجوع ، وطلب الواهب لها – فإنه يضمنها إذا هلكت ؛ لأنه تعدى .

---

[١] ابن جزي ، قوانين الأحكام الشرعية ، ص٣٩٩ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢٨٩ . العدوي ، حاشية العدوي على الخرشي ، ج٧ ، ص٤١٣ .

[٢] المرغيناني ، بداية المبتدي ، ج٣ ، ص٢٥٥ ، ص٢٥٦ . قاضي زاده ، نتائج الأفكار ، ج٩ ، ص٣٩ .

[٣] المرغيناني ، الهداية ، ج٣ ، ص٢٥٦ . ابن مودود ، المختار ، ج٣ ، ص٥٣ . الرافعي ، العزيز ، ج٦ ، ص٣٢٩ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٥٤٢ . ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص٤٠١ . ابن رجب ، تقرير القواعد ، ج١ ، ص٣٣٤ ، ص٣٧٠ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٣ ، ص٣٧ .

[٤] ابن مودود ، الاختيار ، ج٣ ، ص٥٣ .

[٥] ابن رجب ، تقرير القواعد ، ج١ ، ص٣٧٠ .

[٦] ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٧ ، ص٥٠١ . ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص٤٠١ .

[٧] المرغيناني ، الهداية ، ج٣ ، ص٢٥٦ . داماد أفندي ، مجمع الأنهر ، ج٣ ، ص٥٠٥ .

هذا ، وإذا كان الموهوب له لا يضمن العين الموهوبة بعد قبضها ، فأولى أن لا يـضمنها قبـل قبضها ، سواء أقلنا : إن الموهوب له يملك العين الموهوبة قبل قبضها ، أم قلنا : إنه لا يملكهـا قبل القبض .

المطلب الثاني : أثر فوات العين الموهوبة بفعل الواهب

اختلف الفقهاء إذا تلفت العين الموهوبة بفعل الواهب قبل أن يقبضها الموهوب له على قـولين:

القول الأول : لا يضمنها الواهب للموهوب له . وهذا مذهب الشافعية[١] .

وهو قياس مذهبي الحنفية ، والحنابلة في قول ؛ لأنهم يرون أن الموهوب لـه لا يملـك العـين الموهوبة قبل قبضها ، وأن للواهب الرجوع في هبته قبل قبضها .

القول الثاني : يضمن الواهب قيمتها للموهوب له . وهذا مذهب المالكية[٢] .

وجه هذا القول : أن الواهب لا يملك الرجوع في هبته ؛ للزومها بمجرد العقد [٣] .

والصواب ما ذهب إليه أصحاب القول الأول ؛ وذلك تفريعاً على القول بأن الهبة لا تملك ، ولا تلزم إلا بالقبض . فإذا لم يقبضها الموهوب له كانت باقية على ملك الواهب ، وجاز له الرجوع، فإن أتلفها كان متلفاً ملكه ، فلا يلزمه الضمان .

أما ما ذهب إليه المالكية من تضمين الواهب فإنه مبني على قولهم : إن الهبة تملـك ، وتلـزم بمجرد العقد . وهو قول غير مسلم ، فلا يكون ما بني عليه مسلماً .

أما إذا تلفت العين الموهوبة بفعل الواهب بعد القبض : فقد نص الحنفية[٤] ، والشافعية[٥] علـى أنه يضمن قيمتها للموهوب له .

وجه ذلك : أن الموهوب له قد ملك العين الموهوبة بقبضها ، فإذا أتلفها الواهب لزمه قيمتها[٦] .

---

[١] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٧ ، ص٥٣٦ – ص٥٣٧ .

[٢] ابن رشد الجد ، البيان والتحصيل ، ج١٤ ، ص١٣٣ . العدوي ، حاشية العدوي على الخرشي ، ج٧ ، ص٤١٣ .

[٣] العدوي ، حاشية العدوي على الخرشي ، ج٧ ، ص٤١٣ .

[٤] البابرتي ، العناية ، ج٩ ، ص٣١ . العيني ، البناية ، ج١٠ ، ص١٧٢ . ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٧ ، ص٥٠١ .

[٥] الرافعي ، العزيز ، ج٦ ، ص٣٢٨ . ابن المقري ، روض الطالب ، ج٥ ، ص٥٨٤ . الشربيني ، مغني المحتاج، ج٢ ، ص٥٤٧ .

[٦] السمرقندي ، خزانة الفقه ، ج٢ ، ص٣٥١ . الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٥ ، ص٥٨٤ .

وهذا القول هو قياس مذهبي المالكية ، والحنابلة . أما المالكية فلأمرين :

الأول : يقرر المالكية أن الهبة تملك ، وتلزم بمجرد العقد . ولذا فإن الواهب لا يملك الرجوع ، ومتى أتلف الهبة فإنه يكون متلفاً مال غيره بغير إذنه فيلزمه الضمان .

الآخر : إذا كان المالكية يقولون بتضمين الواهب إذا أتلف العين الموهوبة قبل قبضها – فأولى أن يقولوا بتضمينه إذا أتلفها بعد قبضها ، واستقرار الملك فيها .

أما الحنابلة ؛ فلأنهم متفقون على أن الموهوب له إذا قبض العين الموهوبة فإنه يكون مالكاً لها ، وإنما كان اختلافهم في ملكه لها قبل القبض . كما أنهم يرون – في المذهب – أن الهبة تلزم بالقبض ، فلا يملك الواهب الرجوع بعد قبضها .

المطلب الثالث : أثر فوات العين الموهوبة بفعل الموهوب له

اختلف الفقهاء إذا تلفت العين الموهوبة بفعل الموهوب له قبل قبضها على النحو التالي :

يرى الحنفية أنه لا يشترط لصحة القبض أن يأذن فيه الواهب إذا كان في مجلس العقد . أما إذا كان القبض بعد المجلس ، فإنه لا يصح إلا بإذن الواهب[١] .

وبناء على ذلك فإن إتلاف الموهوب له للعين الموهوبة إذا كان في مجلس العقد – يعتبر قبضاً ، ولا يضمنها للواهب ، سواء أكان ذلك بإذن الواهب أم لا ؛ لأنه لا يشترط إذنه في القبض إذا كان في مجلس العقد . أما إذا كان الإتلاف بعد المجلس ، فلا بد لاعتباره قبضاً من إذن الواهب فيه وإلا فلا يعتبر قبضاً ، ويلزمه الضمان ؛ لأن القبض لا يصح بدون إذن الواهب بعد المجلس. كما أن الموهوب له لا يملك العين الموهوبة قبل قبضها كما يرى الحنفية ، فيكون متلفاً مال غيره بغير إذنه .

وقياس مذهب المالكية أن الموهوب له يعتبر قابضاً بالإتلاف مطلقاً ، ولا يلزمه الضمان ، سواء أوقع الإتلاف بإذن الواهب أم لا ، في مجلس العقد أم لا ؛ لأنهم يرون أن الهبة تملك بمجرد العقد . ولذا فإن الموهوب له إذا أتلفها قبل قبضها فإنه يكون متلفاً ماله . ولهذا يرون أن الموهوب له يملك القبض بدون إذن الواهب ، وأن الواهب يجبر على التسليم[٢] .

---

[١] المرغيناني ، بداية المبتدي ، ج٣ ، ص٢٥١ . التمرتاشي ، تنوير الأبصار ، ج٨ ، ص٥٧٢ .

[٢] خليل ، مختصر خليل ، ص٢٨٨ . الآبي ، جواهر الإكليل ، ج٢ ، ص٣١٧ .

ونص الشافعية[١] على أن إتلاف الموهوب له للعين الموهوبة لا يعتبر قبضاً ، سواء أتلفه بـإذن الواهب أم لا ، إلا أن يأذن الواهب للموهوب له في أكل الطعام الموهوب ، فيأكله ، فإنه يعتبـر قبضاً .

بهذا يتبين أن الشافعية لا يعتبرون إتلاف الموهوب له قبضاً . بخلاف إتلاف المـشتري للمبيـع قبل القبض : حيث يعدونه قبضاً . وقد بين الشافعية الفرق بينهما من وجهين :

الأول : أن القبض في البيع مستحق ، وللمشتري المطالبة به ، فأمكن جعل الإتـلاف قبـضاً . وهذا بخلاف الهبة ؛ لأن القبض فيها غير مستحق ؛ كقبض الوديعة ، فلم يكتف فيها بالإتلاف ، واشترط تحقيق القبض[٢] .

الآخر : أن المبيع قبل القبض مملوك للمشتري ، فأمكن جعل المشتري قابضاً بالإتلاف ؛ لأنـه يكون متلفاً ملكه . وهذا بخلاف الهبة ؛ لأن الموهوب له لا يملكها قبل القبض[٣] .

وذهب الحنابلة[٤] إلى أن إتلاف الموهوب له للعين الموهوبة يعتبر قبضاً إذا كان بإذن الواهـب وإلا فلا ، ويلزمه الضمان .

وجه هذا القول :

١- أما اعتبار الإتلاف قبضاً إذا كان بإذن الواهب ؛ فلأن الموهوب له يكون متلفاً ماله[٥] .

٢- أما عدم اعتبار الإتلاف قبضاً إذا كان بغير إذن الواهب ، وإلزام الموهوب له بالـضمان ؛ فتنزيلاً للإتلاف منزلة الغصب[٦] .

والذي يظهر هو صحة ما ذهب إليه الحنابلة ؛ وذلك تفريعاً على القول بأن الهبـة لا تملـك إلا بالقبض ، وأن القبض لا بد فيه من إذن الواهب ، سواء أكان في مجلس العقد أم بعده . وعليـه

---

[١] النووي ، روضة الطالبين ، ج٤ ، ص٤٣٨ – ص٤٣٩ . الأنصاري ، فتح الوهاب ، ج١ ، ص٤٤٧ . الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٥ ، ص٥٧٨ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٥٤٢ .

[٢] الرافعي ، العزيز ، ج٦ ، ص٣٢٠ . الشرقاوي ، حاشية الشرقاوي ، ج٣ ، ص٢٥١ .

[٣] الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٥ ، ص٥٧٨ . الشربيني ، تقرير الشربيني على حاشية ابن قاسم العبادي على الغرر البهية ، ج٦ ، ص٤٦٣ .

[٤] الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص١١٠ . ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٣٤٣ . ابن يوسف ، غاية المنتهى ، ج٢ ، ص٥١ – ص٥٢ .

[٥] البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٦٢ . الرحيباني ، مطالب أولي النهى ، ج٣ ، ص١٥٢ .

[٦] الرحيباني ، مطالب أولي النهى ، ج٣ ، ص١٥٢ .

فإن الموهوب له إذا أتلف العين الموهوبة بدون إذن الواهب ، فإنه يكون متلفاً مال غيره بغير إذنه ، فيلزمه الضمان . أما إذا وقع الإتلاف بالإذن ، فليس ثمة ما يمنع من اعتباره قبضاً ؛ لأن الموهوب له لا يمكنه إتلاف العين الموهوبة إلا بعد حيازتها ، وهذا معنى القبض .

ـ أما ما ذهب إليه الحنفية من التفرقة في اشتراط الإذن بين وقوع القبض في المجلس ، وبين وقوعه بعده – فليست متجهة ؛ لأن العين الموهوبة ما لم تقبض فهي باقية على ملك الواهب في مجلس العقد أو بعده ، فكان لا بد من الإذن في الحالتين . لذا فإن الإتلاف لا يعتبر قبضاً إلا بالإذن ، سواء أوقع في مجلس العقد أم بعده .

ـ أما ما ذهب إليه المالكية من أن الموهوب له يملك القبض بدون الإذن – فإنه ينسجم مع ما قرروه من أن الهبة تملك ، وتلزم بمجرد العقد ، فلا حاجة إلى إذن الواهب . وهذا غير مسلم ؛ لأن الهبة لا تملك إلا بالقبض ، فاحتيج إلى إذن الواهب . لذا فإن الإتلاف لا يعتد به ، ولا يعتبر قبضاً إلا إذا كان بإذن الواهب .

ـ أما ما ذهب إليه الشافعية من عدم اعتبار الإتلاف قبضاً مطلقاً ، إلا إذا كان الإتلاف بالأكل ، وأذن فيه الواهب – فإننا نوافقهم على أن الإتلاف لا يعتبر قبضاً إذا وقع بدون إذن الواهب ، وأن الإتلاف يعتبر قبضاً إذا كان بالأكل ، وأذن فيه الواهب . أما إذا كان الإتلاف بغير الأكل ، وأذن فيه الواهب – فلا نسلم عدم اعتباره قبضاً ؛ لأن معنى القبض متحقق في الإتلاف – كما تقدم - ، فليس ثمة ما يمنع من اعتباره قبضاً . أما الوجهان اللذان ساقهما الشافعية في تعليل اعتبار الإتلاف قبضاً في البيع دون الهبة – فإن من الممكن الاستدلال بهما على أن الإتلاف بدون الإذن ليس قبضاً ، وهذا مسلم . ولو كان في هذين الوجهين ما يدل على أن الإتلاف بإذن الواهب ليس قبضاً ، لكانا حجة على الشافعية : حين استثنوا الإتلاف إذا كان بالأكل ، وأذن فيه الواهب ، واعتبروه قبضاً دون غيره . سيما وأنهم لم يبينوا وجه استثنائهم لذلك .

أما إذا تلفت العين الموهوبة بفعل الموهوب له بعد القبض : فقد نص الحنابلة[1] على أنه لا يضمنها للواهب ؛ لأنها تتلف على ملكه .

---

[1] ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص٤٠١ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٣ ، ص٣٧ .

وهذا قياس قول بقية الفقهاء ؛ لأنهم متفقون على أن الموهوب له إذا قبض العين الموهوبة فإنـه يكون مالكاً لها ، وإنما كان اختلافهم في ملكه لها قبل القبض . وبناء على ذلك فإن الموهوب له إذا أتلفها بعد قبضها ، فإنه يكون متلفاً ماله ، فلا يلزمه الضمان .

المطلب الرابع : أثر فوات العين الموهوبة بفعل أجنبي

إذا تلفت العين الموهوبة بفعل أجنبي فعليه ضمانها ؛ لأنه أتلف مال غيره بغير إذنه .

إلا أن هذا الإتلاف إذا كان بعد القبض ، فإن الأجنبي يضمنها للموهوب له ؛ لاتفاق الفقهاء على أن العين الموهوبة ملك للموهوب له بعد قبضها ، فإذا أتلفها الأجنبي لزمه ضمانها له .

أما إذا كان الإتلاف قبل القبض : فقد نص المالكية على أن الأجنبي يضمنها للموهوب له[١] .

وهذا يتفق مع ما قرره المالكية من أن الموهوب له يملك العين الموهوبة بمجرد العقـد . فـإذا أتلفها الأجنبي كان عليه ضمانها له .

وهو قياس مذهب الحنابلة في قول ؛ لأنهم يرون أن الموهوب له يملك العين الموهوبة بمجـرد العقد .

وقياس مذهب الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة في قول أن الأجنبي يـضمنها للواهـب ؛ لأنهـم يرون أن الهبة لا تملك إلا بالقبض .

وهذا هو الصواب ؛ تفريعاً على القول بأن الهبة لا تملك إلا بالقبض . فإذا لم يقبضها الموهوب له كانت باقية على ملك الواهب ، فإن أتلفها الأجنبي لزمه ضمانها للواهب .

موقف القانون المدني الأردني

نص القانون المدني الأردني على أن الموهوب له يكون مسؤولاً عن هلاك العين الموهوبة مهما كان سببه إذا صدر حكم بالرجوع في الهبة ، وكان الهلاك بعد إعذاره بالتسليم . جاء في المـادة (٥٨١) فقرة (٢) : "أما إذا صدر حكم بالرجوع في الهبة ، وهلك الشيء في يد الموهوب له بعد إعذاره بالتسليم ، فإن الموهوب له يكون مسؤولاً عن الهلاك مهما كان سببه" .

---

[١] ابن رشد الجد ، البيان والتحصيل ، ج١٤ ، ص١٣٠ . القرافي ، الذخيرة ، ج٦ ، ص٢٣٦ . العدوي ، حاشية العدوي على الخرشي ، ج٧ ، ص٤١٣ .

المبحث الثاني : أثر فوات محل عقد العارية

تعريف العارية

العارية لغة : مأخوذة من التعاور:وهو التداول ، يقال: تعاوروا الشيء واعتوروه:أي تداولوه[١].

واصطلاحاً : "إباحة المنافع بشروط مخصوصة"[٢] .

محل عقد العارية : العين المستعارة . ولمعرفة أثر فواتها فإنه يفرق بين حـالتين : الأولـى : فواتها بتعد أو تفريط من المستعير . والأخرى : فواتها بدون تعد أو تفريط منه . وبيان ذلك فيما يلي : اتفق الفقهاء[٣] على أن العين المستعارة إذا تلفت بتعد أو تفريط من المستعير فإنه يضمنها. ونقل ابن المنذر[٤] ، وابن حزم[٥] الإجماع على ذلك .

واختلفوا إذا تلفت في يد المستعير بدون تعد أو تفريط منه على ثلاثة أقوال .

سبب الاختلاف

يمكن رد اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى الأسباب التالية :

١- تعارض الأحاديث في ظاهرها: فثمة أحاديث تدل على أن العين المستعارة مضمونة . فـي حين تدل أحاديث أخرى على أنها غير مضمونة. فمن أخذ بالأحاديث الأولـى ، قـال بـضمان العين المستعارة ، وأجاب عن الاستدلال بالأحاديث الأخرى . ومن أخذ بالأحاديث الأخرى ، لم يقل بضمانها ،وأجاب عن الاستدلال بالأولى.ومن ذهب مذهب الجمع ،فرق بين ما يغاب عليـه، وبين ما لا يغاب عليه :فحمل الأحاديث الأولى على ما يغاب عليه ،وقـال بـضمانه .وحمـل الأحاديث الأخرى على ما لا يغاب عليه، فلم يقل بضمانه[٦]. وسيأتي بيان ذلك عند اسـتعراض الأدلة .

---

[١] الفيومي ، المصباح المنير ، ج٢ ، ص٥٩٨ ، مادة (عور) .

[٢] الجمل ، حاشية الجمل ، ج٥ ، ص ٣٦٩ .

[٣] الطحاوي ، مختصر الطحاوي ، ص١١٦ . العيني ، البناية ، ج١٠ ، ص١٤٢ . الخرشي ، حاشية الخرشي، ج٦ ، ص٥٠٣ . التسولي ، البهجة ، ج٢ ، ص٤٥٣ . الأسيوطي ، جواهر العقود ، ج١ ، ص٢١٠ – ص٢١١ . ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج٢ ، ص٣٧٥ . ابن يوسف ، دليل الطالب ، ص١٣٥ . البهوتي، كشاف القناع ، ج٤ ، ص٨٧ . ابن حزم ، المحلى ، ج٨ ، ص١٣٨ .

[٤] ابن المنذر ، الإجماع ، ص١٤٨ . ابن المنذر ، الإقناع ، ج٢ ، ص٤٠٦ .

[٥] ابن حزم ، مراتب الإجماع ، ص١٦٧ .

[٦] ابن رشد الجد ،المقدمات الممهدات ،ج٢ ، ص٤٧١ .ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ،ج٢ ،ص٢٥٥ – ص٢٥٦ .

٢- الاختلاف في تصحيح الأحاديث ، وتضعيفها : فثمة أحاديث تدل على أن العين المستعارة مضمونة . بينما تدل أحاديث أخرى على أنها غير مضمونة . فمن حكم بصحة الأحاديث الأولى، قال بضمانها ، وضعف الأخرى . ومن صحح الأحاديث الأخرى ، لم يقل بضمانها ، وضعف الأولى . وسيتضح ذلك عند ذكر الأدلة ، ومناقشتها .

٣- الاختلاف في فهم الأحاديث : كالاختلاف في فهم قوله صلى ا عليه وسلم : "لا ، بل عارية مضمونة"[١] . فهل المراد بالضمان الوارد في الحديث ضمان قيمتها إذا تلفت ، فيدل ذلك على ضمانها . أم المراد ضمان رد عينها ، فلا يدل على ضمان قيمتها إذا تلفت[٢] ؟

أقوال الفقهاء

اختلف الفقهاء إذا تلفت العين المستعارة في يد المستعير بدون تعد أو تفريط منه على ثلاثة أقوال:

القول الأول : لا يضمنها المستعير . وقد روي هذا عن : عمر بن الخطاب ، وعلي بن أبي طالب – رضي ا عنهما - ، وشريح ، والنخعي ، والزهري ، والشعبي[٣] ، والحسن البصري، وعمر بن عبد العزيز ، وسفيان الثوري ، والأوزاعي ، وابن شبرمة[٤] ، وإسحاق بن راهويه[٥]. وهو مذهب الحنفية[٦] ، وقول عند الحنابلة[٧] ، وابن حزم[٨] .

وبه أخذ القانون المدني الأردني في المادة (٧٦٤) .

---

(١) سيأتي تخريجه . انظر : ص١٩٠ ، هامش (١) .

(٢) ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد ، ج٣ ، ص٤٨١ – ص٤٨٢ .

(٣) عبد الرزاق ، المصنف ، كتاب البيوع ، باب العارية ، رقم (١٤٨٦٠ – ١٤٨٦٦) ، ج٨ ، ص١٣٧ – ص١٣٨ .

(٤) العيني ، عمدة القاري ، ج١٣ ، ص٢٥٩ . ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص١٣٦ .

(٥) ابن المنذر ، الإشراف ، ج١ ، ص٢٧١ . البغوي ، شرح السنة ، ج٤ ، ص٣٧٠ .

(٦) القدوري ، مختصر القدوري ، ص١٣٣ . صدر الشريعة ، النقاية ، ج٢ ، ص٤٤٩ . التمرتاشي ، تنوير الأبصار ، ج٨ ، ص٥٥٢ .

(٧) ابن مفلح ، الفروع ، ج٧ ، ص٢٠٤ . ابن مفلح ، المبدع ، ج٥ ، ص١٠ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٦ ، ص١٠٤ .

(٨) ابن حزم ، المحلى ، ج٨ ، ص١٣٨ .

وإذا اشترط الضمان في العارية فلأصحاب هذا القول رأيان :

الـرأي الأول : الشرط باطل ، فلا يضمن المستعير . وهذا ما عليه أكثـر الحنفيـة[١] ، وابـن حزم[٢].

الرأي الآخر : الشرط صحيح ، فيلزمه ضمانها . وهـذا روايـة فـي مـذهبي : الحنفيـة[٣] ، والحنابلة[٤] .

القول الثاني : يضمنها المستعير . وقد روي هذا عن : ابن عباس ، وأبي هريرة – رضـي ا عنهم[٥] - ، ومسروق[٦] ، وعطاء[٧] . وهو أحد قولي مالك ، وقول أشهب مـن المالكيـة[٨] ، والشافعية[٩] ، والحنابلة في المذهب[١٠] .

ومحل ضمان العين المستعارة إذا تلفت بغير الاستعمال المأذون فيه[١١] : كما لو أعـاره ثوبـاً للبسه ، فانحرق ، أو سرق ، فإنه يضمنه[١٢] . بل إن المستعير يضمن ولو كان التلف في حـال الاستعمال المأذون فيه ما دام أنه لم يكن بسببه : كما لو أعاره دابة ليحمل عليها حملاً خفيفـاً لا تموت بمثله في العادة ، فاتفق موتها ، فإنه يضمنها ؛ لأنها تلفت في حال الاستعمال المأذون فيه

---

[١] الحصكفي ، الدر المختار ، ج٨ ، ص٥٥٢ . أفندي ، قرة عيون الأخيار ، ج١٢ ، ص٤٩٥ .

[٢] ابن حزم ، المحلى ، ج٨ ، ص١٣٩ .

[٣] الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٦ ، ص٣٦ . العيني ، البناية ، ج١٠ ، ص١٤٥ .

[٤] ابن مفلح ، الفروع ، ج٧ ، ص٢٠٤ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٦ ، ص١٠٥ .

[٥] عبد الرزاق ، المصنف ، كتاب البيوع ، باب العارية ، رقم (١٤٨٧٠) ، ج٨ ، ص١٣٨ .

[٦] ابن أبي شيبة ، المصنف ، كتاب البيوع والأقضية ، في العارية من كان لا يضمنها ومن كان يفعل ، رقم (١٢/٦١) ، ج٥ ، ص٦٥ .

[٧] ابن بطال ، شرح صحيح البخاري ، ج٧ ، ص١٤٥ . الشاشي ، حلية العلماء ، ج٥ ، ص١٨٩ .

[٨] ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، ج٢ ، ص٤٧١ . ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ، ج٢ ، ص٢٥٥ . القفصي ، لباب اللباب ، ص٢٥٧ .

[٩] المزني ، مختصر المزني ، ص١٨٣ . النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٣٦٠ . ابن النقيب ، عمدة السالك ، ص٢٦٠ .

[١٠] ابن قدامة ، عمدة الفقه ، ص٨٨ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٦ ، ص١٠٤ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص٣٣٥ .

[١١] النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٣٦٠ . الفشني ، مواهب الصمد ، ج٢ ، ص٤٢٦ . البهوتي ، الروض المربع ، ص٣٣٨ . النجدي ، هداية الراغب ، ص٣٨٦ .

[١٢] البيجوري ، حاشية البيجوري ، ج٢ ، ص١٩ .

لا به ، فكان التلاف حاصلاً بغير الاستعمال المأذون فيه[١] . أما إذا انمحقت (تلفت بالكليـة)[٢] ، أو انسحقت (نقصت)[٣] بالاستعمال المأذون فيه : كما لو حمل الدابة حملاً ثقيلاً بالإذن ، فماتت بسببه ، أو عرجت به[٤] . وكما لو أعاره ثوباً للبسه ، فتلف بالكلية ، أو نقصت عينـه بـسبب اللبس[٥] – فلأصحاب هذا القول ثلاثة آراء :

الرأي الأول : لا يضمن المستعير ما ينمحق ، أو ينسحق بالاستعمال المأذون فيه . وهـذا هـو الأصح عند الشافعية[٦] ، والصحيح عند الحنابلة[٧] .

الرأي الثاني : يضمن المستعير ما ينمحق ، أو ينسحق بالاستعمال المأذون فيه . وهذا وجه في مذهبي : الشافعية[٨] ، والحنابلة[٩] .

الرأي الثالث : يضمن المستعير المنمحق دون المنسحق بالاستعمال المأذون فيه . وهذا وجه عند الشافعية[١٠] .

وإذا وجب على المستعير ضمان العين المستعارة ، فللشافعية في كيفية ضمانها ثلاثة أوجه[١١]:

---

[١] الرشيدي ، حاشية الرشيدي ، ج٥ ، ص١٢٧ . الشرواني ، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ، ج٧ ، ص٢٥٣ – ص٢٥٤ ، ص٢٥٥ .

[٢] عميرة ، حاشية عميرة ، ج٣ ، ص٣١ .

[٣] المصدر نفسه ، ج٣ ، ص٣١ .

[٤] الرشيدي ، حاشية الرشيدي ، ج٥ ، ص١٢٧ . البجيرمي ، بجيرمي على الخطيب ، ج٣ ، ص١٣٦ .

[٥] البيجوري ، حاشية البيجوري ، ج٢ ، ص١٩ . البعلي ، الروض الندي ، ص٢٧٥ .

[٦] النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٣٦٠ – ص٣٦١ . ابن قاسم الغزي ، شرح ابن قاسم الغزي ، ص١٢٢ – ص١٢٣ .

[٧] المرداوي ، الإنصاف ، ج٦ ، ص١٠٥ ، ص١٠٦ . ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج٣ ، ص١٥٥ .

[٨] الرافعي ، العزيز ، ج٥ ، ص٣٧٧ ، ص٣٧٨ . المحلي ، كنز الراغبين ، ج٣ ، ص٣١ .

[٩] ابن قدامة ، الكافي ، ج٢ ، ص٢١٤ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٦ ، ص١٠٦ .

[١٠] النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٣٦١ . الرملي ، نهاية المحتاج ، ج٥ ، ص١٢٧ .

[١١] الرافعي ، العزيز ، ج٥ ، ص٣٧٧ . النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٣٧٠ . الشربيني ، مغني المحتاج، ج٢ ، ص٣٧٠ ، ص٣٧١ .

الوجه الأول : يضمنها بقيمتها يوم تلفها ، وهو الأصح .

الوجه الثاني : يضمنها بقيمتها يوم قبضها .

الوجه الثالث : يضمنها بأقصى قيمتها من يوم قبضها إلى يوم تلفها .

وبناء على الوجه الأول ، يرى بعض الشافعية أنه يضمنها بقيمتها يوم تلفها مطلقاً ، سواء أكانت قيمية أم مثلية ، وهو المعتمد عندهم[١] . ويرى بعضهم أنه يضمنها بقيمتها يوم تلفها إذا كانت قيمية ، وبمثلها إذا كانت مثلية[٢] . وهو مذهب الحنابلة[٣] .

وإذا اشترط نفي الضمان في العارية فلأصحاب هذا القول ثلاثة آراء :

الرأي الأول : تفسد العارية ، "فيضمن الأجرة لمثلها ، ويأثم باستعمالها"[٤] . وهذا هو الأوجه عند الشافعية[٥] .

الرأي الثاني : يلغو الشرط فقط ، وتبقى صحيحة ، مضمونة . وهذا قولٌ لأشهب من المالكية[٦]، وقول عند الشافعية[٧] ، والمذهب عند الحنابلة[٨] .

الرأي الثالث : الشرط صحيح ، فلا يلزمه ضمانها . وهذا هو الأشهر عن أشهب[٩] ، ورواية عند الحنابلة[١٠] .

هذا ، واستثنى الشافعية[١١] من ضمان العين المستعارة مسائل منها : المستعير من المستأجر ،

---

[١] الرملي ، نهاية المحتاج ، ج٥ ، ص١٤٢ . القليوبي ، حاشية القليوبي ، ج٣ ، ص٣١ . البجيرمي ، بجيرمي على الخطيب ، ج٣ ، ص١٣٦ .

[٢] الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٥ ، ص١٩٥ . ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج٢ ، ص٣٨٣ . الشربيني ، الإقناع ، ج٢ ، ص١١٦ .

[٣] الشويكي ، التوضيح ، ج٢ ، ص٧٦٢ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص٣٣٥ .

[٤] الشبراملسي ، حاشية الشبراملسي ، ج٥ ، ص١٢٧ .

[٥] الرملي ، نهاية المحتاج ، ج٥ ، ص١٢٦ ـ ص١٢٧ . الجمل ، حاشية الجمل ، ج٥ ، ص٣٨١ .

[٦] ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، ج٢ ، ص٤٧٢ – ص٤٧٣ . المواق ، التاج والإكليل ، ج٧ ، ص٢٩٩ .

[٧] عميرة ، حاشية عميرة ، ج٣ ، ص٣١ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٣٦١ .

[٨] المرداوي ، الإنصاف ، ج٦ ، ص١٠٤ . ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج٣ ، ص١٥٤ .

[٩] الحطاب ، تحرير الكلام ، ص٣٩٥ . الآبي ، جواهر الإكليل ، ج٢ ، ص٢١٨ .

[١٠] القاضي أبو الحسين ، التمام ، ج٢ ، ص٦٥ . ابن قدامة ، المقنع ، ج٢ ، ص٢٢٩ .

[١١] الشربيني ، مغني المحتاج ،ج٢، ص٣٦١ ، ص٣٦٢.الرملي ، نهاية المحتاج ،ج٥، ص١٢٧، ص١٢٨ .

أو من الموصى له بالمنفعة ، أو من الموقوف عليه – فإنه لا يضمن في الأصح. "ومنها : ما لو أصدق زوجته منفعة ، أو صالح على منفعة ، أو جعل رأس مال السلم منفعة – فإنه إذا أعارها مستحق المنفعة شخصاً ، فتلفت تحت يده ، لم يضمن على الأصح" . وقد بين البلقيني – من الشافعية – ضابط هذه المسائل المستثناة فقال : "والضابط لذلك : أن تكون المنفعة مستحقة لشخص استحقاقاً لازماً ، وليست الرقبة له ، فإذا أعار لا يضمن المستعير منه" .

وهنالك وجه آخر عند الشافعية : أن المستعير يضمن في هذه المسائل .

وقد ورد عند الحنابلة[١] ما يتفق مع ما ذهب إليه الشافعية في الأصح : حين نصوا على أن المستعير من المستأجر لا يضمن .

كذلك استثنى الشافعية[٢] ، والحنابلة[٣] : ما لو استعار الفقيه كتاباً موقوفاً على المسلمين ، فإنه لا يضمنه .

القول الثالث : التفصيل بين أن تكون العين المستعارة مما يغاب عليه أولا : فإذا كانت مما يغاب عليه : أي يمكن إخفاؤها مع وجودها : كالثياب ، والحلي ، والعروض ، فإن المستعير يضمنها بقيمتها إذا كانت قيمية ، وبمثلها إذا كانت مثلية إلا إذا قامت البينة على تلفها بغير تعد وتفريط منه ، فلا يضمنها . أما إذا كانت مما لا يغاب عليه : أي لا يمكن إخفاؤها مع وجودها : كالعقار، والحيوان ، فلا يضمنها المستعير . وقد روي هذا عن : عثمان البتي[٤] . وهو المشهور من مذهب المالكية[٥] .

إلا أن المستعير لا يضمن تلفها[٦] ، أو نقصها بالاستعمال المأذون فيه[٧] .

---

[١] المرداوي ، التنقيح المشبع ، ص١٦٩ . ابن قائد ، حاشية المنتهى ، ج٣ ، ص١٥٢ .

[٢] الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٣٦١ . المليباري ، فتح المعين ، ج٣ ، ص٢٢٧ .

[٣] الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص٣٣٥ . البهوتي ، عمدة الطالب ، ص١٠٣ .

[٤] الجصاص ، مختصر اختلاف العلماء ، ج٤ ، ص١٨٥ . ابن عبد البر ، التمهيد ، ج١٢ ، ص٣٨ .

[٥] ابن عبد البر ، الكافي ، ص٤٠٧ . القفصي ، لباب اللباب ، ص٢٥٧ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢٥٤ . الآبي ، جواهر الإكليل ، ج٢ ، ص٢١٨ .

[٦] القرافي ، الفروق ، ج١ ، ص٣٣٣ . النفراوي ، الفواكه الدواني ، ج٢ ، ص٢٧٨ .

[٧] القفصي ، لباب اللباب ، ص٢٥٧ . البناني ، حاشية البناني ، ج٦ ، ص٢٣٤ .

ومتى وجب على المستعير الضمان فإنه يحلف : لقد ضاعت ضياعاً لا يقدر معه على ردها[١].

كذلك فإن المستعير إذا ادعى هلاك ما لا يغاب عليه فإنه يصدق ، وعليه اليمين ، متهماً كان أو غير متهم[٢] .

وإذا اشترط نفي الضمان فيما يغاب عليه فللمالكية قولان[٣] :

القول الأول : الشرط باطل ، فيلزمه الضمان . وهو المشهور من مذهب المالكية .

القول الآخر : الشرط صحيح ، فلا يلزمه الضمان . وهو قولٌ لابن القاسم من المالكية .

"وعلى القولين لا يفسد العقد . وقيل : يفسد ، ويكون للمعير أجرة ما أعاره"[٤] .

وإذا اشترط الضمان فيما لا يغاب عليه فللمالكية قولان[٥] :

القول الأول : الشرط باطل ، فلا يضمن مطلقاً ، وتنقلب العارية إجارة فاسدة ، فتفسخ قبل استيفاء المنفعة ، ويجب فيها أجرة المثل عند استيفائها . وهذا هو المعتمد عند المالكية .

القول الآخر : الشرط باطل ، ولا يضمن إلا إذا شرط المعير الضمان لأمر خافه من : طريق مخوفة ، أو نهر ، أو لصوص ، أو نحوه ، ثم هلكت بالأمر الذي خافه وشرط الضمان من أجله– فإن الشرط يكون لازماً . أما إذا هلكت بغير هذا الأمر ، أو كان الشرط لغير سبب ، فلا يضمن . وهذا قول مطرف ، وابن حبيب من المالكية .

---

[١] ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، ج٢ ، ص٤٧٤ . الدردير ، الشرح الكبير ، ج٥ ، ص١٤٦ .

[٢] المنوفي ، كفاية الطالب الرباني ، ج٢ ، ص٣٥٩ . الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٧ ، ص٢٩٩ .

[٣] ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، ج٢ ، ص٤٧٢ – ص٤٧٣ . الحطاب ، تحرير الكلام ، ص٣٩٣ ، ص٣٩٤ ، ص٣٩٥ . الآبي ، جواهر الإكليل ، ج٢ ، ص٢١٨ .

[٤] الزرقاني ، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ، ج٦ ، ص٢٣٣ . وانظر : الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٥ ، ص١٤٧ .

[٥] ابن أبي زيد القيرواني ، النوادر والزيادات ، ج١٠ ، ص٤٥٨ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٥ ، ص١٤٧ .

الأدلة

أدلة الفريق الأول

استدل أصحاب القول الأول لما ذهبوا إليه بالأدلة التالية :

١- حديث صفوان بن يعلى ، عن أبيه قال : "قال لي رسول ا – صلى ا عليه وسلم - : "إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين درعاً ، وثلاثين بعيراً" . قال : قلت : يا رسول ا ، أعارية مضمونة ، أو عارية مؤداة؟ قال : "بل مؤداة" "[١] .

وجه الدلالة : أنه قد "فرق فيه بين الضمان ، والأداء ، وأوجب في العارية الأداء فقط دون الضمان"[٢].

٢- حديث أبي أمامة – رضي ا عنه – قال : "سمعت النبي – صلى ا عليه وسلم – يقول – في خطبته عام حجة الوداع - : "العارية مؤداة ، والزعيم غارم ، والدين مقضي" "[٣] .

وجه الدلالة : وصف النبي – صلى ا عليه وسلم – العارية بأنها مـؤداة ، " والمـؤداة أمانـة ليست في الذمة ، قال ا تعـالى : "☽☒♌☐ ✂☞✍ ⅄③♦♁▭✌↖❷↖☝✍↗☠⬀ ✂☞✍❀☞✌♦◷☪◆◷☀✖ ☽☒♌🖫■❼✂ 🕮❐♌ ✍➔♦☒⑩☜❐✂☎ 🕮❐♎✍🖬☒♑⊠☞✍"[٤] "[٥] .

٣- ما روي أن النبي – صلى ا عليه وسلم – قال : "ليس على المستعير غير المغِلّ ضمان ، ولا على المستودع غير المغِلّ ضمان"[٦] .

---

[١] رواه أبو داود ، كتاب الإجارة ، باب في تضمين العارية ، رقم (٣٥٦٦) ، ص٥١٢ . واللفظ له . والدارقطني ، كتاب البيوع ، رقم (٢٩٣٠) و (٢٩٣١) ، ج٣ ، ص٣٥ . قال ابن حزم : "حديث حسن" . انظر : ابن حزم ، المحلى ، ج٨ ، ص١٤٤ .

[٢] ابن حزم ، المحلى ، ج٨ ، ص١٤٤ .

[٣] رواه الترمذي، أبواب البيوع عن رسول ا – صلى ا عليه وسلم -، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، رقم (١٢٦٥) ، ص٣٠٨ . واللفظ له . قال : "حديث حسن غريب".وأبو داود ، كتاب الإجارة، باب في تضمين العارية ، رقم (٣٥٦٥) ، ص٥١٢ . وابن ماجه ، أبواب الصدقات ، باب العارية ، رقم (٢٣٩٨)، ص٣٤٣ .

[٤] سورة النساء ، من آية ٥٨ .

[٥] الجصاص ، مختصر اختلاف العلماء ، ج٤ ، ص١٨٧ .

[٦] رواه الدارقطني ، كتاب البيوع ، رقم (٢٩٣٩) ، ج٣ ، ص٣٦ . واللفظ له . وقد رواه من طريق عمرو بن عبد الجبار ، عن عبيدة بن حسان ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، عن النبي – صلى ا عليه وسلم - . ثم قال : "عمرو ، وعبيدة ضعيفان ، وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع" . والبيهقي ، السنن

وجه الدلالة : أن النبي – صلى ا عليه وسلم – "نفى الـضمان عـن المـستعير عنـد عـدم الخيانة"[١].

٤- ماروي أن النبي – صلى ا عليه وسلم – قال : "لا ضمان على مؤتمن"[٢] .

وجه الدلالة : يدل الحديث بمنطوقه على نفي الضمان عن المؤتمن ، والمعير قد ائتمن المستعير على العين المستعارة حين دفعها إليه ، فلا يلزمه الضمان[٣] .

٥- ولأن المستعير قبض العين المستعارة بإذن صاحبها ، لا على سبيل الاستيفاء : كـالرهن ، ولا على سبيل المبادلة : كالبيع ، فلا يضمنها ؛ كالإجارة ، والوديعة[٤] .

٦- ولأن العقد على المنفعة إذا كان بعوض (وهو الإجارة) لا يوجب ضمان العين ، فـأولى أن يكون العقد على المنفعة بدون عوض (وهو العارية) لا يوجب الضمان[٥] .

٧- ولأن عقد العارية عقد تبرع ، فلا يوجب الضمان ؛ كالهبة[٦] .

٨- ولأن "الضمان إما أن يجب : بالعقد ، أو بالقبض ، أو بالإذن . وليس شيء من ذلك بموجب له : أما العقد ؛ فلأن اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الـضمان ؛ لأنـه لتمليـك المنافع بغير عوض ، أو لإباحتها على اختلاف القولين ، وما وضع لتمليك المنافع لا يتعـرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه . وأما القبض فإنما يوجب الضمان إذا وقع تعدياً ، وليس كذلك ؛ لكونه مأذوناً فيه . وأما الإذن ؛ فلأن إضافة الضمان إليه فساد فـي الوضـع ؛ لأن إذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان ، فكيف يضاف إليه؟!"[٧] .

الكبرى ، كتاب العارية ، باب من قال لا يغرم ، رقم (١١٤٨٧) ، ج٦ ، ص١٥٠ . "والمغِلّ : هوالخائن" . انظر : الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج٦ ، ص٣٧ .

[١] السرخسي ، المبسوط ، ج١١ ، ص١٤٥ .

[٢] رواه الدارقطني ، كتاب البيوع ، رقم (٢٩٣٨) ، ج٣ ، ص٣٦ . قال ابن حجر العسقلاني : "وإسناده ضعيف" . انظر : ابن حجر العسقلاني ، الدراية ، ج٢ ، ص١٩٠ .

[٣] الجصاص ، أحكام القرآن ، ج٣ ، ص١٧٣ .

[٤] الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٦ ، ص٣٥ – ص٣٦ .

[٥] الجصاص ، مختصر اختلاف العلماء ، ج٤ ، ص١٨٧ . السرخسي ، المبسوط ، ج١١ ، ص١٤٦ .

[٦] الجصاص ، أحكام القرآن ، ج٣ ، ص١٧٤ . السرخسي ، المبسوط ، ج١١ ، ص١٤٦ .

[٧] البابرتي ، العناية ، ج٩ ، ص٩ . وانظر : العيني ، البناية ، ج١٠ ، ص١٤٤ .

٩- أما بطلان شرط الضمان في العارية ؛ فقياساً على ما إذا اشترط في الرهن عـدم الـضمان عند هلاك العين المرهونة : حيث يعتبر شرطاً باطلاً فكذلك هنا[٨] .

أدلة الفريق الثاني

ـ أما كون المستعير يضمن العين المستعارة فللأدلة التالية :

١- حديث صفوان بن أمية : "أن رسول ا - صلى ا عليه وسلم - استعار منه أدرعاً يـوم حنين، فقال : أغصب يا محمد ؟ فقال : "لا ، بل عارية مضمونة" "[١] .

وجه الدلالة : أن النبي – صلى ا عليه وسلم – وصف العارية بأنها مضمونة[٢] .

٢- حديث أبي أمامة – رضي ا عنه – قال : "سمعت النبي – صلى ا عليه وسلم – يقول – في خطبته عام حجة الوداع-: "العارية مؤداة ، والزعيم غارم ، والدين مقضي" "[٣] .

وجه الدلالة : أن قوله صلى ا عليه وسلم : "العارية مؤداة" "دليل على وجوب أداء عينها عنـد قيامها ، وأداء قيمتها عند هلاكها"[٤] .

٣- حديث سمرة – رضي ا عنه – أن رسول ا – صلى ا عليه وسلم – قال : "على اليـد ما أخذت حتى تؤديه"[٥] .

وجه الدلالة من شقين[٦] :

---

[٨] الحصكفي ، الدر المختار ، ج٨ ، ص٥٥٢ . أفندي ، قرة عيون الأخيار ، ج١٢ ، ص٤٩٥ .

[١] رواه أبو داود ، كتاب الإجارة ، باب في تضمين العارية ، رقم (٣٥٦٢) ، ص٥١٢ . واللفظ له . وأحمد ، المسند ، رقم (١٥٢٣٩) ، ج١٢ ، ص١٢٥ . والدارقطني ، كتاب البيوع ، رقم (٢٩٣٢) ، ج٣ ، ص٣٥ . والبيهقي ، السنن الكبرى ، كتاب العارية ، باب العارية مضمونة ، رقم (١١٤٧٨) ، ج٦ ، ص١٤٧ . قال ابن عبد البر : "والاضطراب فيه كثير" . انظر : ابن عبد البر ، التمهيد ، ج١٢ ، ص٤١ . ورواه ابن حزم من طرق عدة ، وضعفها جميعاً . انظر : ابن حزم ، المحلى ، ج٨ ، ص١٤٠ – ص١٤١ ، ص١٤٢ .

[٢] ابن الدهان ، تقويم النظر ، ج١ ، ص٤١٦ .

[٣] سبق تخريجه . انظر : ص١٨٨ ، هامش (٣) .

[٤] البغوي ، شرح السنة ، ج٤ ، ص٣٧٠ .

[٥] رواه الترمذي ، أبواب البيوع عن رسول ا - صلى ا عليه وسلم - ، باب ما جاء في أن العارية مؤداة ، رقم (١٢٦٦) ، ص٣٠٨ – ص٣٠٩ . وقال : "هذا حديث حسن صحيح" . وأبو داود ، كتاب الإجارة ، باب في تضمين العارية ، رقم (٣٥٦١) ، ص٥١٢ . وابن ماجه ، أبواب الصدقات ، باب العارية ، رقم (٢٤٠٠) ، ص٣٤٣ . واللفظ له .

[٦] الخطابي ، معالم السنن ، ج٣ ، ص١٤٩ . الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٧ ، ص١١٩ .

الأول : أنه جعل على اليد ما أخذت ، وهذا تضمين ؛ لأن على كلمة إلزام .

الآخر : أنه أوجب الأداء ، وهذا عام في أداء عينها إذا كانت قائمة ، وقيمتها إذا كانت تالفة .

٤- حديث أنس – رضي الله عنه – قال : "كان النبي – صلى الله عليه وسلم – عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين بصحفَة فيها طعام ، فضربت التي النبي – صلى الله عليه وسلم – في بيتها يد الخادم ، فسقطت الصحفَة ، فانفلقت ، فجمع النبي – صلى الله عليه وسلم – فِلَقَ الصحفَة ، ثم جعل يجمع فيها الطعام الذي كان في الصحفَة ويقول : "غارت أمكم" . ثم حبس الخادم حتى أُتي بصحفَة من عند التي هو في بيتها ، فدفع الصحفَة الصحيحة إلى التي كُسرت صحفَتُها ، وأمسك المكسورةَ في بيت التي كُسرت فيه "[1] .

وجه الدلالة : أن النبي – صلى الله عليه وسلم – دفع صحفَة صحيحة من عند التي كسرت بدلاً من الصحفَة المكسورة ، "فلولا أن ضمان العارية واجب ، لما استجاز أن يدفع مالها بدلاً"[2] منها.

٥- ولأن العين المستعارة يجب ردها لمالكها عند قيامها ، فيضمنها عند تلفها ؛ كالعين المقبوضة على وجه السوم[3] .

٦- ولأن المستعير قبض مال غيره لمنفعة نفسه ، لا على وجه الوثيقة : كالرهن ، فيضمنه ؛ كالمغصوب[4] .

٧- ولأن العين المستعارة "عين تفرد باحتباسها لنفسه من غير استحقاق ، فوجب أن تكون من ضمانه ؛ كالقرض"[5] .

- أما وجه ما ذهب إليه الشافعية في الأصح ، والحنابلة في الصحيح من مذهبهم من أن المستعير لا يضمن ما ينمحق ، أو ينسحق بالاستعمال المأذون فيه فلما يلي :

---

(1) رواه البخاري ، كتاب النكاح ، باب الغيرة ، رقم (٥٢٢٥) ، ص ٩٣٤ . والصحفَة : "قَصعة مبسوطة ، وتكون من غير الخشب" . والقَصعة : "إناء من خشب" . انظر : ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج٥ ، ص٤٢١ .

(2) الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٧ ، ص١١٩ .

(3) القسطلاني ، إرشاد الساري ، ج٦ ، ص٦٢ . العكبري ، رؤوس المسائل الخلافية ، ج٣ ، ص٩٤١ .

(4) ابن دقيق العيد ، تحفة اللبيب ، ص٢٥٩ . ابن قدامة ، الكافي ، ج٢ ، ص٢١٤ .

(5) الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٧ ، ص١١٩ .

١- لأنه قد حدث بسبب مأذون فيه ، فلا يضمنه المستعير[٦] .

٢- و "لأن الإذن في الاستعمال تضمن الإذن في الإتلاف الحاصل به ، وما أذن في إتلافه لا يضمن : كالمنافع"[١] : فإن المستعير إذا انتفع بالعارية ، وردها على صفتها ، لم يجب عليه عوض المنافع ؛ لأنه مأذون له في إتلافها فكذلك هنا[٢] .

ـ أما وجه ما ذهب إليه الشافعية في وجه ، والحنابلة في وجه من أن المستعير يضمن ما ينمحق ، أو ينسحق بالاستعمال المأذون فيه فلما يلي :

١- حديث سمرة – رضي الله عنه – أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال : "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"[٣] .

وجه الدلالة : يدل الحديث على أن المستعير يضمن العين المستعارة – كما سبق في توجيهه -، وهو نص مطلق[٤] : يشمل ما تلف ، أو نقص بالاستعمال المأذون فيه ، أو بغيره .

٢- ولأن حق العارية أن ترد ، فإذا تلفت ، أو نقصت بالاستعمال المأذون فيه ، فقد تعذر ردها كلاً ، أو بعضاً ، فيلزمه الضمان[٥] .

ـ أما وجه ما ذهب إليه الشافعية في وجه من أن المستعير يضمن المنمحق دون المنسحق بالاستعمال المأذون فيه ؛ فلأن حق العارية أن ترد ، وقد تعذر ذلك في المنمحق ، فيضمنه . وهذا بخلاف المنسحق ؛ لأنه يمكنه رد ما بقي منها ، فلا يضمنه[٦] .

ـ أما وجه ما ذهب إليه الشافعية في الأصح من أن المستعير يضمن العين المستعارة بقيمتها يوم تلفها فلما يلي :

١- لأن يوم التلف هو يوم فوات رد العين[٧] .

---

[٦] ابن الملقن ، عجالة المحتاج ، ج٢ ، ص٨٧٣ . المحلي ، كنز الراغبين ، ج٣ ، ص٣١ .

[١] البهوتي ، كشاف القناع ، ج٤ ، ص٨٨ . الرحيباني ، مطالب أولي النهى ، ج٣ ، ص٧٤٤ .

[٢] ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص١٣٦ ، ص١٣٧ .

[٣] سبق تخريجه . انظر : ص ١٩٠ ، هامش (5) .

[٤] عميرة ، حاشية عميرة ، ج٣ ، ص٣١ .

[٥] الرافعي ، العزيز ، ج٥ ، ص٣٧٧ ، ص٣٧٨ . المحلي ، كنز الراغبين ، ج٣ ، ص٣١ .

[٦] المحلي ، كنز الراغبين ، ج٣ ، ص٣١ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٣٦١ .

[٧] البصير ، النهاية ، ص١٩٢ . السيوطي ، شرح التنبيه ، ج١ ، ص٤٤٧ .

٢- ولأنا لو ضمنا قيمتها يوم قبضها ، أو أقصى قيمتها من يوم قبضها إلى يوم تلفهـا – لأدى ذلك إلى تضمين الأجزاء المنسحقة بالاستعمال المأذون فيه ، وهذا لا يجوز ؛ لأنها غيرمضمونة في الأصح[١] .

ـ أما وجه ما ذهب إليه الشافعية في وجه من أن المستعير يضمنها بقيمتها يوم قبضها ؛ فقياساً على القرض[٢] .

ـ أما وجه ما ذهب إليه الشافعية في وجه من أن المستعير يضمنها بأقصى قيمتهـا مـن يـوم قبضها إلى يوم تلفها ؛ فقياساً على المغصوب[٣] .

ـ أما وجه المعتمد عند الشافعية من أن المستعير يضمنها بقيمتها يوم تلفها مطلقاً ، سواء أكانت قيمية أم مثلية فلما يلي :

١- لأنا لو ضمنا مثلها لأدى ذلك إلى تضمين ما نقص منها بالاستعمال المأذون فيه ، وهـذا لا يجوز[٤] .

٢- و "لأن رد عين مثلها مع استعمال جزء منها بالإذن متعذر ، فصار بمنزلة المثلي المفقود ، فرجع إلى القيمة"[٥] .

ـ أما وجه ما ذهب إليه بعض الشافعية من أن المستعير يضمنها بقيمتها يوم تلفهـا إذا كانـت قيمية، وبمثلها إذا كانت مثلية ؛ فلأن الأصل : أن القيمي يضمن بقيمته ، والمثلي بمثله[٦] .

ـ أما وجه ما ذهب إليه الحنابلة من أن المستعير يضمنها بقيمتها يوم تلفها إذا كانـت قيميـة ، وبمثلها إذا كانت مثلية فلما يلي :

---

[١] الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٥ ، ص١٩٥ . عميرة ، حاشية عميرة ، ج٣ ، ص٣٩ .

[٢] الرافعي ، العزيز ، ج٥ ، ص٣٧٧ . ابن الملقن ، عجالة المحتاج ، ج٢ ، ص٨٧٨ .

[٣] الغزالي ، الوجيز ، ج١ ، ص٣٧٦ . ابن دقيق العيد ، تحفة اللبيب ، ص٢٥٩ .

[٤] القليوبي ، حاشية القليوبي ، ج٣ ، ص٣١ . البيجوري ، حاشية البيجوري ، ج٢ ، ص١٩ .

[٥] الرملي ، حاشية الرملي ، ج٥ ، ص١٩٥ . وانظر : الرملي ، نهاية المحتاج ، ج٥ ، ص١٤٢ .

[٦] الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٥ ، ص١٩٥ . الفشني ، تهذيب تحفة الحبيب ، ص ٢٧٩ .

١- أما "كون العارية مضمونة بقيمتها ؛ فلأن القيمة بدل عنها في الإتلاف ، فوجبت عند تلفها؛ كالإتلاف"[١] .

٢- "وأما كون الضمان حيث وجب معتبراً بيوم التلف ؛ فلأنه حينئذ تحقـق فـوات العاريـة ، فوجب اعتبار الضمان به"[٢] .

٣- وأما كونها مضمونة بمثلها إذا كانت مثلية ؛ فلأن المثل "أقرب إليها من القيمة"[٣] .

ـ أما وجه ما ذهب إليه أشهب في قول ، والشافعية في قول ، والحنابلة في المـذهب مـن أن شرط نفي الضمان يعتبر شرطاً لاغياً فقط ، فلا تفسد به العارية فلما يلي :

١- إن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط : كالبيع : فإنه يقتضي الـضمان ، ولا ينتفـي بالشرط فكذاك هنا[٤] .

٢- ولأن مقتضى العقد في العارية الضمان ، فإذا شرط خلافه كان شرطاً منافياً لمقتضى العقد، فيفسد[٥] .

٣- و "لأن مقتضى العقد الضمان ، فإذا شرط نفي ضمانه لا ينتفي مع وجود سببه ؛ كمـا لـو اشترط نفي ضمان ما يتعدى فيه"[٦] .

٤- وقياساً على ما إذا أقرضه دراهم صحاح بشرط أن يرد عنها دراهم مكسرة : فإن الشرط يلغو ، ويصح العقد فكذلك هنا[٧] .

٥- ولأن الضمان ثابت على المستعير أصالة ، فلا ينفعه شرطه[٨] .

---

[١] التنوخي ، الممتع ، ج٣ ، ص٥١٢ . وانظر : ابن أبي تغلب ، نيل المآرب ، ج١ ، ص ٤٤٢ .

[٢] التنوخي ، الممتع ، ج٣ ، ص٥١٢ . وانظر : البعلي ، كشف المخدرات ، ج٢ ، ص٤٨٤ .

[٣] البهوتي ، كشاف القناع ، ج٤ ، ص٨٧ – ص٨٨ . وانظر : الرحيباني ، مطالب أولي النهى ، ج٣ ، ص٧٤١ .

[٤] ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص١٣٦ . التنوخي ، الممتع ، ج٣ ، ص٥١٢ .

[٥] البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٢٩٣ .

[٦] شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير ، ج٥ ، ص٣٦٧ .

[٧] الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٥ ، ص١٩٦ . ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج٢ ، ص٣٧٥ .

[٨] الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٦ ، ص٥٠٢ . العدوي ، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ، ج٢ ، ص٣٥٩ .

٦- ولأن هذا الشرط من قبيل إسقاط الحق قبل وجوبه؛لأن الضمان لم يجب بعد ،فلا يعتد به[١].

ـ أما وجه ما ذهب إليه أشهب في الأشهر ، والحنابلة في رواية من أن شرط نفـي الـضمان يعتبر شرطاً صحيحاً فلما يلي :

١- لأن المعير لو أذن للمستعير في إتلافها لما وجب عليه ضمانها ، فكـذلك إذا أسـقط عنـه ضمانها[٢] .

٢- ولأن العارية معروف وإحسان ؛ لما فيها من إباحة المنفعة بلا عوض ، وإسقاط الـضمان معروف آخر لا مانع منه[٣] .

ـ أما وجه ما ذهب إليه الشافعية في الأصح من أن المستعير من : المستأجر ، أو من الموصى له بالمنفعة ... لا يضمن ؛ فلأن يد المستعير نائبة عن يد غير ضامنة ، فـلا يـضمن[٤] ؛ "إذ القاعدة : أن كل من انبنت يده على يد ضامنة فهو ضامن ، وما لا فلا"[٥] .

ـ أما وجه ما ذهب إليه الشافعية في وجه من أن المستعير من : المستأجر ، أو من الموصى له بالمنفعة ... يضمن ؛ فقياساً على ما لو استعار من المالك : فإنه يضمن فكذلك هنا[٦] .

ـ أما وجه ما ذهب إليه الشافعية ، والحنابلة من أن الفقيه لو استعار كتاباً موقوفاً على المسلمين فإنه لا يضمنه ؛ فلأنه "من جملة الموقوف عليهم"[٧] ، والمـستحقين لـه ، فلـم تكـن عاريـة محضة[٨].

---

[١] الدردير ، الشرح الكبير ، ج٥ ، ص١٤٧ .

[٢] ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص١٣٦ . ابن مفلح ، المبدع ، ج٥ ، ص١٠ .

[٣] التسولي ، البهجة ، ج٢ ، ص٤٥٣ .

[٤] ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج٢ ، ص٣٧٦ . الرملي ، نهاية المحتاج ، ج٥ ، ص١٢٨ .

[٥] الشرقاوي ، حاشية الشرقاوي ، ج٣ ، ص٢٠٠ .

[٦] البغوي ، التهذيب ، ج٤ ، ص٢٨١ . الرملي ، نهاية المحتاج ، ج٥ ، ص١٢٨ .

[٧] الشربيني ، الإقناع ، ج٢ ، ص١١٦ . المليباري ، فتح المعين ، ج٣ ، ص٢٢٧ .

[٨] البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٢٩٣ . النجدي ، هداية الراغب ، ص٣٨٧ .

أدلة الفريق الثالث

- أما كون المستعير يضمن العين المستعارة إذا كانت مما يغاب عليه ، ولا يضمنها إذا كانت مما لا يغاب عليه فلما يلي :

١- جمعاً بين الأحاديث الواردة في المسألة : فقد رويت أحاديث تدل على أن المستعير يضمن العين المستعارة : كحديث صفوان بن أمية : " لا ، بل عارية مضمونة"[(١)] . كما رويت أحاديث تدل على أنه لا يضمنها : كحديث : "ليس على المستعير غير المغِل ضمان"[(٢)] . فيحمل حديث صفوان بن أمية على ما يغاب عليه ، فيضمنه المستعير ، سيما وأن المستعار المذكور في الحديث أدرع ، وهي مما يغاب عليه[(٣)] . ويحمل الحديث الآخر على ما لا يغاب عليه ، فلا يضمنه المستعير[(٤)] .

٢- ولأن يد المستعير يد أمانة : من جهة أنه قبضها بإذن مالكها ، وعدم وجود العوض فيها . ويد ضمان : من جهة أنه قبضها لمنفعة نفسه ، فاجتمعت في العارية شائبتا الضمان ، والأمانة . وقد قويت شائبة الضمان إذا كانت مما يغاب عليه بالتهمة ؛ لأنه يمكنه إخفاؤها مع وجودها ، فيجب أن يضمنها . وقويت شائبة الأمانة إذا كانت مما لا يغاب عليه بظهورها ، وعدم إمكان إخفائها مع وجودها ، فلا يضمنها[(٥)] .

٣- ومما يدل أيضاً على أن المستعير يضمنها إذا كانت مما يغاب عليه : أنه قبضها لمنفعة نفسه، من غير استحقاق له على مالكها ، فكان عليه ضمانها ؛ كالقرض[(٦)] .

٤- ومما يدل أيضاً على أن المستعير لا يضمنها إذا كانت مما لا يغاب عليه : القياس على العين المستأجرة[(٧)] .

---

(١) سبق تخريجه . انظر : ص ١٩٠ ، هامش (١) .

(٢) سبق تخريجه . انظر : ص ١٨٨ ، هامش (٦) .

(٣) الفندلاوي ، تهذيب المسالك ، ج٥ ، ص٥٣٦ .

(٤) ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، ج٢ ، ص٤٧١ . ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ، ج٢ ، ص٢٥٦ .

(٥) القاضي عبد الوهاب ، الإشراف ، ج٢ ، ص٦٢٢ . القرافي ، الذخيرة ، ج٦ ، ص٢٠٢ .

(٦) القاضي عبد الوهاب ، الإشراف ، ج٢ ، ص٦٢٢ . الفندلاوي ، تهذيب المسالك ، ج٥ ، ص٥٣٧ .

(٧) ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، ج٢ ، ص٤٧٢ . القرافي ، الذخيرة ، ج٦ ، ص٢٠٣ .

ـ أما كون المستعير لا يضمنها إذا كانت مما يغاب عليه عند قيام البينة على تلفها بغير تعد وتفريط منه ؛ فلأن الضمان كان للتهمة ، وهي تنتفي بقيام البينة ، فلا وجه لبقاء الضمان[١] .

ـ أما كون المستعير لا يضمن تلفها ، أو نقصها بالاستعمال المأذون فيه ؛ فلأن المعير قد أذن له فيما حصل به الهلاك ، فلا يضمن[٢] .

ـ أما وجه تحليف المستعير إذا وجب عليه الضمان ؛ فلأنه يتهم في إخفائها ؛ ليأخذها بقيمتها بغير رضا صاحبها[٣] .

ـ أما وجه المشهور عند المالكية من أن شرط نفي الضمان فيما يغاب عليه يعتبر شرطاً باطلاً فلما يلي :

١- لأن الضمان ثابت على المستعير فيما يغاب عليه أصالة ، فلا ينفعه شرطه[٤] .

٢- ولأن هذا الشرط من قبيل إسقاط الحق قبل وجوبه ؛ لأن الضمان لم يجب بعد ، فلا يعتد به[٥] .

ـ أما وجه ما ذهب إليه ابن القاسم في قول من أن شرط نفي الضمان فيما يغاب عليه يعتبر شرطاً صحيحاً ؛ فلأن العارية "معروف ، وإسقاط الضمان معروف"[٦] .

ـ أما وجه المعتمد عند المالكية من أن شرط الضمان فيما لا يغاب عليه يعتبر شرطاً باطلاً ، وتنقلب به العارية إجارة فاسدة فلما يلي :

١- إن مقتضى عقد العارية عدم الضمان فيما لا يغاب عليه ، فإذا شرط فيه الضمان كان شرطاً منافياً لمقتضى العقد ، فيبطل[٧] .

٢- ولأن عدم الضمان فيما لا يغاب عليه ثابت أصالة ، فلا ينتفع المعير بشرطه[٨] .

---

[١] الآبي ، الثمر الداني ، ص٤٧٢ . التسولي ، البهجة ، ج٢ ، ص٤٥٢ .

[٢] القرافي ، الفروق ، ج١ ، ص٣٣٣ .

[٣] ابن رشد الجد ، البيان والتحصيل ، ج١٥ ، ص٣٣٦ . النفراوي ، الفواكه الدواني ، ج٢ ، ص٢٧٧ .

[٤] الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٦ ، ص٥٠٢ . العدوي ، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ، ج٢ ، ص٣٥٩ .

[٥] الدردير ، الشرح الكبير ، ج٥ ، ص١٤٧ .

[٦] الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٦ ، ص٥٠٢ . وانظر : الدردير ، الشرح الكبير ، ج٥ ، ص١٤٧ .

[٧] ابن أبي زيد القيرواني ، النوادر والزيادات ، ج١٠ ، ص٤٥٨ . القرافي ، الذخيرة ، ج٦ ، ص ٢٠٣ .

[٨] الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٥ ، ص١٤٧ .

٣- أما انقلاب العارية بهذا الشرط إجارة فاسدة ؛ فلأن المعير حين شرط الضمان على المستعير فكأنه أجرها إياه بقيمتها ، وهي مجهولة[١] ، وجهالة الأجرة تفسد الإجارة .

المناقشة والقول المختار

مناقشة أدلة الفريق الأول

ناقش أصحاب القول الثاني بعضاً من أدلة الفريق الأول على النحو التالي :

١- أما الاستدلال بحديث صفوان بن يعلى ، عن أبيه فأجابوا عنه : بأن المراد بقوله : "أعارية مضمونة ، أو عارية مؤداة ؟" : أعارية مضمونة بالبدل على سبيل المعاوضة : بمعنى أن الآخذ يملكها بالبدل ، أو مؤداة العين لا يملكها الآخذ بالبدل . فأخبر النبي – صلى الله عليه وسلم – أن حكمها هو الثاني ، فلم يكن فيه تغيير للضمان[٢] .

ويجاب عنه : بأن حمل الحديث على هذا المعنى يخرجه عن الفائدة ؛ لأن من المعلوم أن العارية عقد تبرع لا معاوضة ، وأنها باقية على ملك المعير ، لا يمتلكها المستعير بالبدل ، وهذا مما يصان عنه كلام رسول الله – صلى الله عليه وسلم - .

٢- أما الاستدلال بحديث : "ليس على المستعير غير المغل ضمان " فأجابوا عنه بما يلي :

أ- تضعيف الحديث : قال ابن الجوزي : "والجواب : قال الدارقطني : عمرو ، وعبيدة ضعيفان، وإنما يروى هذا عن شريح القاضي غير مرفوع[٣] . قلت : وقال ابن حبان : عبيدة يروي الموضوعات عن الثقات ، فبطل الاحتجاج به"[٤] .

ويجاب عنه : بما قاله العيني : "قلت : قيل : الجرح المبهم لا يقبل ما لم يتبين سببه . ورواية من وقفه لا تقدح في رواية من رفعه . وقيل : عبيدة هذا لم يضعفه أحد من أهل هذا الشأن ، وذكره البخاري في تاريخه ولم يذكر فيه جرحاً . وكذا عمرو بن عبد الجبار لم يضعفه أحد ، غير أن ابن عدي لما ذكره لم يزد على قوله : له مناكير[٥] . وقد اعترض بعضهم على القائل المذكور : بأن عبيدة قال فيه أبو حاتم الرازي : إنه منكر الحديث . وقال ابن حبان : يروي

---

[١] المصدر نفسه ، ج٥ ، ص١٤٧ .

[٢] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٧ ، ص١٢٠ .

[٣] انظر : الدارقطني ، سنن الدارقطني ، ج٣ ، ص٣٦ .

[٤] ابن الجوزي ، التحقيق ، ج٨ ، ص١٣ . وانظر : ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص١٣٦ .

[٥] انظر : ابن التركماني ، الجوهر النقي ، ج٦ ، ص١٥٠ .

الموضوعات عن الثقات . ورد عليهما : بأنهما لم يبينا سبب الجرح ، والجرح المجرد لا يقبل، على أن البخاري لما ذكره في تاريخه لم يتعرض إليه بشيء"[١] .

ب- لو صح الحديث فإنه محمول على ضمان الأجزاء التالفة بالاستعمال المأذون فيه : إذ ليس على المستعير ضمانها ؛ وذلك جمعاً بينه وبين الأخبار الدالة على أن المستعير يضمن العين المستعارة[٢] .

ويجاب عنه : بأن الحديث عام في نفي الضمان عن المستعير ، سواء أكان ضمان الأجزاء التالفة بالاستعمال المأذون فيه ، أم ضمان غيرها مما لم يكن بتعد وتفريط منه . والقول بأن هذا الحمل كان للجمع بين الأخبار ليس متجهاً ؛ إذ لا نسلم ثبوت الضمان على المستعير بأحاديث أخرى ، كما سيتضح في معرض مناقشة أدلة الفريق الثاني .

ج- "إن المغل في هذا الموضع ليس بمأخوذ من الخيانة ، والغلول ، إنما هو مأخوذ من استغلال الغلة : يقال : قد أغل فهو مغل إذا أخذ الغلة ... فيكون معنى الخبر : لا ضمان على المستعير غير المغل : أي غير القابض ؛ لأنه بالقبض يصير مستغلاً ، وهذا صحيح"[٣] .

ويجاب عنه : بما ذكره ابن الأثير – وهو من أهل اللغة – أن المغل مأخوذ " من الإغلال : الخيانة . وقيل : المغل ها هنا : المستغل ، وأراد به : القابض ؛ لأنه بالقبض يكون مستغلاً . **والأول الوجه**"[٤] . وبهذا نعلم أن الوجه من هذين المعنيين : هو المعنى الذي جنح إليه أصحاب القول الأول لا الثاني .

٣- أما القياس على الوديعة فأجابوا عنه : بأنه قياس مع الفارق : فقد فرق الإمام أحمد بين العارية ، والوديعة : بأن اليد في العارية آخذة ، وفي الوديعة معطاة[٥] : فالمستعير قبض العين المستعارة لمنفعة نفسه ، فكان عليه ضمانها . وهذا بخلاف الوديعة ؛ لأن الوديع قبضها لمنفعة المالك ، فلا يضمنها[٦] .

---

[١] العيني ، عمدة القاري ، ج١٣ ، ص٢٦٠ .

[٢] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٧ ، ص١٢٠ . البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٢٩٣ .

[٣] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٧ ، ص١٢٠ . وانظر : الرحيباني ، مطالب أولي النهى ، ج٣ ، ص٧٤٢ .

[٤] ابن الأثير ، النهاية ، ج٣ ، ص٣٨١ .

[٥] ابن رجب ، تقرير القواعد ، ج١ ، ص٣٠٧ .

[٦] ابن عادل ، اللباب ، ج٦ ، ص٤٣٦ .

ويجاب عنه : بأننا نسلم أن المستعير قبضها لمنفعة نفسه ، ولكن هذا ليس بموجب للضمان ؛ لأن القبض كان بإذن المالك ، وتلفها لم يكن بتعد وتفريط منه .

مناقشة أدلة الفريق الثاني

ـ أما الأدلة التي استدلوا بها على أن المستعير يضمن العين المستعارة فتناقش بما يلي :

١- أما الاستدلال بحديث صفوان بن أمية فيجاب عنه بما يلي :

أ- إنه حديث ضعيف : فقد تتبع ابن حزم طرقه ، وضعفها جميعاً[(١)] .

ب- إنه حديث مضطرب : سنداً ، ومتناً ، فلا يحتج به[(٢)] . وفي هذا يقول ابن عبد البر : "حديث صفوان هذا اختلف فيه على عبد العزيز بن رفيع اختلافاً يطول ذكره : فبعضهم يذكر فيه الضمان ، وبعضهم لا يذكره . وبعضهم يقول فيه : عن عبد العزيز بن رفيع ، عن ابن أبي مليكة ، عن أمية بن صفوان ، عن أبيه . وبعضهم يقول : عن عبد العزيز، عن ابن أبي مليكة ، عن ابن صفوان قال : استعار النبي – صلى الله عليه وسلم - ، لا يقول : عن أبيه . ومنهم من يقول : عن عبد العزيز بن رفيع ، عن أناس من آل صفوان ، أو من آل عبد الله بن صفوان مرسلاً أيضاً . وبعضهم يقول فيه : عن عبد العزيز بن رفيع ، عن عطاء ، عن ناس من آل صفوان ، ولا يذكر فيه الضمان ، ولا يقول : مؤداة ، بل عارية فقط . والاضطراب فيه كثير . ولا يجب عندي بحديث صفوان هذا حجة في تضمين العارية"[(٣)].

ج- إن المراد بالضمان الوارد في الحديث : ضمان رد عينها ، لا ضمان قيمتها إذا تلفت ؛ بدليل ما جاء في بعض روايات الحديث : "بل عارية مؤداة"[(٤)] .وهذا لأن صفوان كان حربياً في ذلك الوقت ، فظن أن النبي – صلى الله عليه وسلم – يأخذها استباحة لماله كسائر أموال الحربيين ، ولذلك قال له : أغصباً تأخذها يا محمد ؟ فأخبره النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه يأخذها على أنها عارية مؤداة ، لا على سبيل ما تؤخذ عليه أموال الحربيين . ويدل على ذلك

---

(١) ابن حزم ، المحلى ، ج٨ ، ص١٤٠ – ص١٤١ ، ص١٤٢ . وانظر : ابن التركماني ، الجوهر النقي ، ج٦، ص١٤٧ .

(٢) ابن التركماني ، الجوهر النقي ، ج٦ ، ص١٤٨ . العيني ، عمدة القاري ، ج١٣ ، ص٢٦٠ .

(٣) ابن عبد البر ، التمهيد ، ج١٢ ، ص٤٠ – ص٤١ .

(٤) انظر: الدارقطني ، كتاب البيوع ، رقم (٢٩٢٨) ، ج٣ ، ص٣٤. والبيهقي ، السنن الكبرى ، كتاب العارية، باب العارية مؤداة ، رقم (١١٤٧٥) ، ج٦ ، ص١٤٦ .

أيضاً : أن النبي – صلى ا عليه وسلم – جعل الضمان صفة للعارية نفسها ، فلما وقع الضمان على ذاتها دل على أنه أراد ضمان رد عينها ، لا ضمان قيمتها ؛ إذ لم يقل : أضمن قيمتهـا . والقول بأنه أراد ضمان قيمتها إذا تلفت صرف للفظ عن الحقيقة إلى المجاز ، وهذا لا يجوز إلا بدلالة . كما يدل عليه أيضاً : أن صفوان لم يسأل النبي – صلى ا عليه وسلم – عن تلفها ، بل سأله هل تأخذها مني أخذ غصب تحول بيني وبينها ؟ فأخبره النبي – صلى ا عليه وسلم – أنه يأخذها ليؤديها إليه ، ولو كان قد سأله عن تلفها لناسب أن يقول النبي – صلى ا عليه وسلم- : أنا ضامن لها إذا تلفت[١] .

د- أجاب الحنفية : أن قوله - صلى ا عليه وسلم – : "لا ، بل عارية مـضمونة" يحتمـل أن يكون اشتراطاً للضمان من النبي – صلى ا عليه وسلم – على نفسه ، والعارية بشرط الضمان مضمونة في رواية للحنفية . أما على الرواية الأخرى التي تقـول : إن المـستعير لا يـضمن بالشرط ، فيوجه ذلك على أن صفوان كان حربياً يومئذ ، ويجوز بين المسلم ، والحربـي مـن الشروط ما لا يجوز بين المسلمين[٢] .

هـ - إن النبي – صلى ا عليه وسلم – أخذ دروع صفوان بغير إذنه ، ولهذا قال : "أغصب يا محمد؟". وإنما فعل ذلك ؛ لحاجة المسلمين ، فأبيح له الأخذ بشرط الضمان ؛ كأخذ طعام الغيـر في حال المخمصة : فإنه يباح بشرط الضمان[٣] .

و- إن النبي – صلى ا عليه وسلم – إنما قال ذلك ؛ تطييباً لقلب صفوان ؛ بدليل ما جاء فـي بعض روايات الحديث : "فضاع بعضها (بعض الدروع) ، فقال له النبـي – صـلى ا عليـه وسلم- : "إن شئت غرمتها" . قال : لا ، ألا إن في قلبي من الإسلام غير ما كان يومئذ"[٤] . فلو

---

[١] الجصاص ، أحكام القرآن ، ج٣ ، ص١٧٤ – ص١٧٥ . ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد ، ج٣ ، ص٤٨٢ .

[٢] السرخسي ، المبسوط ، ج١١ ، ص١٤٧ . العيني ، البناية ، ج١٠ ، ص١٤٥ – ص١٤٦ .

[٣] الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٦ ، ص٣٦ . القاري ، فتح باب العناية ، ج٢ ، ص٤٥٠ . القرافي ، الذخيرة ، ج٦ ، ص٢٠١ .

[٤] انظر : أبو داود ، كتاب الإجارة ، باب في تضمين العارية ، رقم (٣٥٦٣) ، ص٥١٢ . وأحمد ، المسند ، رقم (١٥٢٣٩) ، ج١٢ ، ص١٢٥ . والدارقطني ، كتاب البيوع ، رقم (٢٩٣٣) ، ج٣ ، ص٣٥ . واللفظ له . والبيهقي ، السنن الكبرى ، كتاب العارية ، باب العارية مضمونة ، رقم (١١٤٧٩) ، ج٦ ، ص١٤٧ – ص١٤٨ .

كان غرمها لازماً عليه لما قال : "إن شئت غرمتها" ، بل كان يفي له به ويقول : هـذا حقـك ، كما لو كانت موجودة لم يكن ليقول : إن شئت رددتها إليك[(١)] .

ز- إنه قد روي : أن الدروع كانت وديعة لأهل مكة عند صفوان ، فاستعارها النبي – صلى ا عليه وسلم - ؛ لحاجته إليها ، والمستعير من الوديع ضامن[(٢)] .

ح- إن قوله صلى ا عليه وسلم : "لا ، بل عارية مضمونة" "لا دلالة فيه على محل الخلاف ، بل هو صفة للعارية التي استعارها النبي – صلى ا عليه وسلم - ، وبيان حكمها ، وليس فيـه عموم ؛ لأن الجواب يتقيد بما في السؤال . فقوله : "أغصباً يا محمد ؟" ليس بسؤال عـن حكـم العواري ، بل سؤال عما أخذه منه ، أو طلبه منه ، فجوابه عليه السلام ينصرف إليه"[(٣)] . فقوله صلى ا عليه وسلم : "لا ، بل عارية مضمونة" من الألفاظ التي لا تستقل بأنفسها ؛ لأنها تابعة للكلام الذي سبقها ، فلا يصح الاستدلال بها على إيجاب الضمان ؛ لأن ما لا يستقل بنفسه يقصر على سببه ، ولا يحمل على عمومه بلا اختلاف بين علماء الأصول . وإنما كان اختلافهم فـي اللفظ العام المستقل بنفسه إذا ورد على سبب خاص : هل يقصر على سببه ، أو يحمـل علـى عمومه ؟ وإنما كان يستقيم الاستدلال بهذا الحديث على إيجاب الضمان لو قال النبي – صلى ا عليه وسلم - : العارية مضمونة[(٤)] .

٢- أما الاستدلال بحديث أبي أمامة - رضي ا عنه – فيجاب عنه : بأن غاية ما يدل عليه أن العارية مؤداة ، وبهذا نقول : إن أداءها فرض ، والضمان غير الأداء ، وليس فيه أنها مضمونة أصلاً[(٥)] .

[(١)] السرخسي ، المبسوط ، ج ١١ ، ص١٤٧ . القرافي ، الذخيرة ، ج٦ ، ص٢٠١ . ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد ، ج٣ ، ص٤٨٢ – ص٤٨٣ .

[(٢)] السرخسي ، المبسوط ، ج١١ ، ص١٤٧ . القرافي ، الذخيرة ، ج٦ ، ص٢٠١ .

[(٣)] المنبجي ، اللباب ، ج٢ ، ص٥٥٠ .

[(٤)] ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، ج٢ ، ص٤٧١ – ص٤٧٢ .

[(٥)] ابن حزم ، المحلى ، ج٨ ، ص١٤٤ .

٣- أما الاستدلال بحديث سمرة – رضي ا عنه – فيجاب عنه بما يلي :

أ- إنه حديث ضعيف ؛ لأنه من رواية الحسن ، عن سمرة . والحسن لم يسمع منـه[١] . يقـول البيهقي : "وأكثر أهل العلم بالحديث رغبوا عن رواية الحسن ، عن سمرة . وذهب بعضهم إلى أنه لم يسمع منه غير حديث العقيقة"[٢] .

ب- إن غاية ما يدل عليه الحديث لزوم الأداء ، وهذا مسلم ، والأداء غير الضمان . ولو لـزم من هذا اللفظ الضمان للزم الخصم أن يضمن المرهون ، والوديعة ؛ لأنها مما قبضته اليـد[٣] . والقول بأن هذا الحديث يدل على لزوم القيمة عند التلف ليس متجهاً ؛ "لأنه لم يجر لها ذكـر . ولأنه إنما أوجب أداء ما أخذت اليد ، واليد لم تأخذ القيمة"[٤] . "ولأن الضمير في "تؤديه" عائـد على العين ، لا على القيمة"[٥] .

ج- "إن المراد منه : الأخذ بغير إذن المالك غصباً ، ولهذا لو أخذ على سبيل الوديعة لا يجـب عليه الضمان بالهلاك بالإجماع ، فعلم أن المراد منه : الأخذ غصباً دون الأخذ عارية"[٦] .

٤- أما الاستدلال بحديث أنس – رضي ا عنه – فيجاب عنه : بـأن العاريـة تلفـت بفعـل المستعير[٧] ، وهذا يوجب الضمان بلا اختلاف .

٥- أما القياس على العين المقبوضة على وجه السوم فيجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن المقبوض على سوم الشراء مقبوض لأجل عقد البيع ، والمقبوض لأجل العقد له حكـم العقـد ،

---

[١] ابن التركماني ، الجوهر النقي ، ج٦ ، ص١٤٩ . ابن حزم ، المحلى ، ج٨ ، ص١٤٤ .

[٢] البيهقي ، السنن الكبرى ، ج٨ ، ص٦٤ – ص٦٥ . ومراده بحديث العقيقة : ما رواه الحسن ، عن سمرة : أن النبي – صلى ا عليه وسلم – قال : "كل غلام مرتهن بعقيقته ، تذبح عنه يوم سابعه ، ويحلق ، ويسمى" . انظر : الصنعاني ، سبل السلام ، ج٤ ، ص٩٨ .

[٣] العيني ، عمدة القاري ، ج١٣، ص٢٦٠ . ابن حزم ، المحلى ، ج٨ ، ص١٤٤ .

[٤] ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، ج٢ ، ص٤٧٢ .

[٥] القرافي ، الذخيرة ، ج٦ ، ص٢٠٢ .

[٦] الغزنوي ، الغرة المنيفة ، ص١٠٨ .

[٧] ابن الجوزي ، إيثار الإنصاف ، ص٢٦٨ . القرافي ، الذخيرة ، ج٦ ، ص٢٠٢ .

وعقد البيع عقد معاوضة يوجب الضمان[1] . وهذا بخلاف العين المستعارة ؛ لأنها مقبوضة بعقد تبرع ، وعقود التبرع لا توجب الضمان .

٦- أما القياس على المغصوب فيجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن الغاصب قبضه عدواناً بدون إذن المالك ، فكان عليه ضمانه . وهذا بخلاف العين المستعارة ؛ لأن المـستعير قبـضها بإذن المالك[2] .

٧- أما القياس على القرض فيجاب عنه : بأنه قياس مع الفـارق ؛ لأن القـرض فيـه معنـى المعاوضة[3] : إذ يجب على المقترض رد مثل ما اقترضه ، فكان مضموناً عليه . وهذا بخلاف العارية ؛ لأنها تبرع محض ، فلا توجب الضمان .

ـ أما ما ذهب إليه الشافعية في الأصح ، والحنابلة في الصحيح من مذهبهم من أن المستعير لا يضمن ما ينمحق ، أو ينسحق بالاستعمال المأذون فيه . وكذلك ما استثناه الشافعية في الأصح ، والحنابلة من ضمان العين المستعارة – فإنه مسلم ،وهو قدر مشترك بين أصحاب هذا القـول ، والقول الأول . ومن هنا ، فلا اعتراض على الأدلة التي ساقوها في هذا المقام .

ـ أما بقية الأدلة التي ذكرها أصحاب القول الثاني فإنها سيقت للتدليل على فـروع ، وأحكـام مبنية على القول بضمان العين المستعارة . وهو قول غير مسلم ، كما بان من مناقشة أدلتـه . فلا يكون ما بني عليه مسلماً .

مناقشة أدلة الفريق الثالث

يمكن مناقشة ما استدل به أصحاب القول الثالث على النحو التالي :

١- أما استدلالهم على أن المستعير يضمن العين المستعارة إذا كانت مما يغاب عليـه بحـديث صفوان بن أمية ، وبالقياس على القرض – فقد سبقت الإجابة عنهما في معرض مناقـشة أدلـة الفريق الثاني ، فما قيل هناك يقال هنا .

---

[1] الاسمندي ، طريقة الخلاف ، ص٣١٠ . المرغيناني ، الهداية ، ج٣ ، ص٢٤٧ . قاضي زاده ، نتائج الأفكار ، ج٩ ، ص١٠ .

[2] السرخسي ، المبسوط ، ج١١ ، ص١٤٦ . القرافي ، الذخيرة ، ج٦ ، ص٢٠٢ .

[3] القرافي ، الذخيرة ، ج٦ ، ص٢٠٢ .

على أنه لو صح الاستدلال بهما لكانا حجة على المالكية؛ لأن حديث صفوان بن أمية عام فـي إيجاب الضمان ، سواء أكانت العين مما يغاب عليه أم لا . وكون المستعار في هـذا الحـديث دروعاً لا يدل على أن غير الدروع مما لا يغاب عليه ليست بمضمونة . والقول بـأن الحـديث يدل على ذلك هو استدلال بمفهوم اللقب ، وهو ليس بحجة، كما تقدم آنفاً[1] . كذلك فإن القرض مضمون كله ، ما يغاب عليه وما لا .

٢- أما استدلالهم على أن المستعير لا يضمن العين المستعارة إذا كانت ممـا لا يغـاب عليـه بحديث : "ليس على المستعير غير المغل ضمان" ، وبالقياس على العـين المـستأجرة – فإننـا نوافقهم على أن المستعير لا يضمنها ، ولكن لا نسلم تقييد عدم الضمان بما لا يغاب عليه ، بـل نرى شموله كذلك لما يغاب عليه . وليس في هذين الدليلين ما يدل على تقييد عدم الضمان بذلك: فالحديث جاء عاماً في نفي الضمان ، سواء أكانت مما يغاب عليه أم لا . كـذلك فـإن العـين المستأجرة أمانة كلها ، ما يغاب عليه وما لا .

٣- أما قولهم : إن يد المستعير يد أمانة من جهة ، ويد ضمان من جهة أخـرى ... – فيجـاب عنه : بأن محصلة هذا الدليل : إيجاب الضمان فيما يغاب عليه ؛ للتهمة . ونفي الضمان فيما لا يغاب عليه ؛ لعدم التهمة . وهذا غير مسلم ؛ لأن أموال الناس لا تستحل بالتهمة ؛ لأنها ظـن ، وقد أنكر ا سبحانه وتعالى اتباع الظن بقولـه : "♌⚇☽ ③♦☞✸⌨⚇➔⬉❑♌♦ ☽⚇◆• ✃✍⚛→⅄♊⚫ ☎ ❑◆☽⚇♌❑ ✃✍⚛→⅄♊⚫ •• ③⬉⬄⬂♉♉♉✌⚇♊⌘ ✃✍💻⬂♦❑📪♎⬀ ⅄☒⚫⬂★ॐ✍ ⬀⚇✗⬂"[2] . ويلـزمكم إذا أعملـتم الظـن أن تضمنوا المتهم ، ولا تضمنوا من لا يتهم. وأن تضمنوا الوديعة بهذه التهمة ، وأنتم لا تقولـون بهذا[3] .

وبمثل هذا يجاب عن وجه تحليف المستعير إذا وجب عليه الضمان ؛ لأن مبناه على التهمة .

٤- أما استدلالهم لعدم ضمان المستعير لها إذا كانت مما يغاب عليه عند قيام البينة على تلفهـا بغير تعد وتفريط منه – فإنه مبني على أن المستعير يضمنها للتهمة في حال عدم قيام البينة على

---

[1] انظر : ص ٤٤ ، هامش (٢) .

[2] سورة النجم ، من آية ٢٨ .

[3] ابن حزم ، المحلى ، ج٨ ، ص١٣٨ .

ذلك ، فإذا قامت البينة انتفت التهمة ، فلا يضمن . وهذا غير مسلم ؛ لأن المستعير لا يضمنها ابتداء ، فيستوي فيه قيام البينة على ذلك أم عدمه .

٥- أما ما ذهب إليه المالكية من أن المستعير لا يضمن تلفها ، أو نقصها بالاستعمال المأذون فيه- فمسلم ، ولا اعتراض على ما ذكروه في توجيه ذلك .

٦- أما الأدلة التي ذكرها المالكية في توجيه القولين الواردين في مسألة اشتراط نفي الضمان فيما يغاب عليه – فإنها مبنية على القول بضمان العين المستعارة إذا كانت مما يغاب عليه . وهو قول غير مسلم . فلا يكون ما بني عليه مسلماً .

٧- أما ما ذهب إليه المالكية في المعتمد من أن شرط الضمان فيما لا يغاب عليه يعتبر شرطاً باطلاً ، وتنقلب به العارية إجارة فاسدة – فإننا نوافقهم على ذلك ، ولكن لا نسلم تقييده بما لا يغاب عليه ، بل نرى شموله كذلك لما يغاب عليه . سيما وأنه ليس في الأدلة التي ذكروها في هذا المقام ما يوجب تقييده بذلك ؛ لأن من الممكن الاستدلال بها فيما يغاب عليه حيث قلنا بعدم ضمانه .

٨- بقي أن يقال : إن تفرقة المالكية في ضمان العين المستعارة بين ما يغاب عليه ، فيضمنه المستعير . وبين ما لا يغاب عليه ، فلا يضمنه – غير متجهة ؛ لأن الأشياء – ومنها العين المستعارة – لا تخلو : إما أن تكون مضمونة ، فما يغاب أو لا يغاب عليه فيها سواء : كالمغصوب. أو أن تكون غير مضمونة ، فما يغاب أو لا يغاب عليه فيها سواء : كالوديعة[1] .

مما تقدم ، وبعد استعراض أقوال الفقهاء ، وأدلتهم ، ومناقشتها فإنني أختار القول الأول القاضي بأن المستعير لا يضمن العين المستعارة ؛ لما ذكره أصحاب هذا القول من أدلة . ويتأيد ذلك بأن العين المستعارة باقية على ملك المعير ، وإنما أبيح للمستعير الانتفاع بها فقط ، فيكون ضمانها على المعير ؛ كسائر أملاكه . كما أنه ليس ثمة ما يقضي بإيجاب الضمان ؛ لأن العارية عقد تبرع ، وقد قبضها المستعير بإذن مالكها ، ولم يكن تلفها بتعد وتفريط منه .

كما أنني أختار ما ذهب إليه أكثر الحنفية ، وابن حزم من أن شرط الضمان في العارية يعتبر شرطاً باطلاً . ولكن ليس للتوجيه الذي ذكره الحنفية في ذلك ؛ لأنه قائم على ما قرروه من أن المرتهن يضمن العين المرهونة ، وهذا غير مسلم . ويمكن الاستدلال لذلك بالأدلة التي ذكرها

---

[1] الشافعي ، الأم ، ج٤ ، ص٢٣٤ .

المالكية في توجيه المعتمد عندهم في مسألة اشتراط الضمان فيما لا يغاب عليه ، على أن يتعدى الاستدلال بها إلى ما يغاب عليه ، كما سبق بيانه آنفاً .

المبحث الثالث : أثر فوات محل عقد الوكالة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أثر فوات الموكل فيه في تضمين الوكيل

المطلب الثاني : أثر فوات الموكل فيه في انفساخ الوكالة

تعريف الوكالة

الوكالة لغة : "توكل بالأمر : إذا ضمن القيام به . ووكلْت أمري إلى فلان : أي ألجأته إليه ، واعتمدت فيه عليه ... ووكّل إليه الأمر : سلمه ... والاسم : الوكالة ، والوكالة"[١] .

واصطلاحاً : "تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ؛ ليفعله في حياته"[٢] .

محل عقد الوكالة : الموكل فيه . وإذا فات الموكل فيه كان له أثره في تضمين الوكيل ، وفي انفساخ الوكالة . وبيان ذلك في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : أثر فوات الموكل فيه في تضمين الوكيل

اتفق الفقهاء[٣] على أن الموكل فيه: كالثمن الموكل في الشراء به ، أو المثمن (المبيع الموكل في بيعه) ، أو الدين ، أو العين الموكل بقبضهما : بأن كان للموكل دين أو عين عند آخر فوكل في قبضهما - إذا تلف بدون تعد أو تفريط من الوكيل فإنه لا يضمنه ، سواء أكانت الوكالة بأجرة أم لا .

أما إذا كان التلف بتعد أو تفريط منه فإنه يضمنه : كما لو امتنع الوكيل من التخلية بين الموكل والموكل فيه بغير عذر حتى تلف . وكما لو اشترى شيئاً ، وقبضه ، وأخر تسليم الثمن لغير عذر حتى هلك في يده .

وجه هذا الاتفاق :

ـ أما كون الوكيل لا يضمن الموكل فيه إذا تلف بدون تعد أو تفريط منه فلما يلي :

١- إن يد الوكيل يد أمانة ، فلا يضمن ما تلف في يده بدون تعد أو تفريط منه[٤] .

٢- ولأن الوكيل "نائب عن الموكل في اليد ، والتصرف ، فكان الهلاك في يده

---

[١] ابن منظور ، لسان العرب ، ج١١ ، ص٧٣٤ ، ص٧٣٥ – ص٧٣٦ ، مادة (وكل) .
وانظر : الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، ص١٠٦٩ ، مادة (وكل) .

[٢] الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٢٩٤ .

[٣] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص٥٥ . العيني ، البناية ، ج٩ ، ص٢٤٢ . ابن عبد البر ، الكافي ، ص٣٩٥ . الآبي ، جواهر الإكليل ، ج٢ ، ص١٩٤ . النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٣١١ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٣١١ ، ص٣١٢ . ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص٦٣ ، ص٦٤ ، ص٦٩ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص٢٤٥ .

[٤] الغزالي ، الوجيز ، ج١ ، ص٣٦٥ .

كالهلاك في يد الموكل ، فلم يضمن"[١] ؛ كالوديع[٢] .

٣- ولأن الموكل قد استأمن الوكيل ، فتضمينه ينافي تأمينه ؛ كالوديع[٣] .

٤- ولأن الوكالة عقد إرفاق ، ومعونة ، فإيجاب الضمان ينافي مقصودها ، وينفر عنها[٤] .

ـ أما كون الوكيل يضمن الموكل فيه إذا تلف بتعد أو تفريط منه فلما يلي :

١- قياساً على سائر الأمناء[٥] : فإنهم يضمنون ما يتلف في أيديهم بتعد أو تفريط منهم .

٢- ولأن أمانة الوكيل قد زالت ، فهو كالغاصب[٦] .

المطلب الثاني : أثر فوات الموكل فيه في انفساخ الوكالة

فوات الموكل فيه إما أن يكون : بخروج الموكل فيه عن ملك الموكل ، أو بخروج منفعته عـن ملك الموكل ، أو بتغيره . وفيما يلي بيان أثر كل منها في انفساخ الوكالة :

الفرع الأول : أثر خروج الموكل فيه عن ملك الموكل في انفساخ الوكالة

اتفق الفقهاء[٧] على أن الوكالة تنفسخ بخروج الموكل فيه عن ملك الموكل : كما لو تلـف ، أو باعه الموكل ، أو وهبه ، أو تصدق به .

وجه هذا الاتفاق :

ـ أما انفساخ الوكالة بتلف الموكل فيه ؛ فلأن محل الوكالة قد ذهب[٨] ، والتصرف في المحل لا يتصور بعد هلاكه ، والتوكيل بالتصرف فيما لا يحتمل التصرف محال ، فبطلت الوكالة[٩] .

---

[١] الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص١٧٧ . وانظر : النجدي ، هداية الراغب ، ص٣٦٧ .

[٢] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص٥٥ . ابن أبي تغلب ، نيل المآرب ، ج١ ، ص٤٠٨ .

[٣] الحصني ، كفاية الأخيار ، ج١ ، ص٢٧٤ .

[٤] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٦ ، ص٥٠٢ . الرملي ، غاية البيان ، ص٣٠٩ .

[٥] الأنصاري ، فتح الوهاب ، ج١ ، ص٣٧٧ . الفشني ، مواهب الصمد ، ج٢ ، ص٤٢١ .

[٦] الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٤ ، ص١٤٣ .

[٧] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص٦٢ ، ص٦٣ . العيني ، البناية ، ج٩ ، ص٣١٠ . ابن عسكر ، إرشاد السالك ، ص٩٤ . النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٣١٤ . الأنصاري ، الغرر البهيـة ، ج٥ ، ص٥٤١ . ابن قدامة ، الكافي ، ج٢ ، ص١٤٣ . المرداوي ، التنقيح المشبع ، ص١٥٥ .

[٨] ابن مفلح ، المبدع ، ج٤ ، ص٣٣٤ . البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ، ١٩٢ .

[٩] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص٦٣ .

ـ أما انفساخ الوكالة ببيع الموكل الموكلَ فيه ، وهبته ، والتصدق به فلما يلي :

١- لأن الوكيل عجز عن التصرف ؛ لزوال ملك الموكل ، فتنفسخ الوكالة ؛ كما إذا تلف الموكل فيه[١] .

٢- و "لأنه زال تصرف الموكل ، فزالت وكالته"[٢] .

٣- ولأن الموكل أبطل محل الوكالة ، فيجب أن تبطل[٣] .

٤- و "لاستحالة بقاء الوكالة والحالة هذه"[٤] .

وتجدر الإشارة إلى أنه لا فرق في الأمثلة المذكورة لخروج الموكل فيه عن ملك الموكل بين ما إذا علم الوكيل بذلك أو لم يعلم بالنسبة لانفساخ الوكالة ، وخروج الوكيـل عنهـا . لكـن تقـع المفارقة فيما بينها من وجه آخر : وهو أن الموكل إذا باع الموكل فيه : كما لـو بـاع الـسلعة الموكل ببيعها ، ولم يعلم به الوكيل ، فباعها الوكيل ، وقبض ثمنها ، ثم هلك الثمن فـي يـده ، وتلفت السلعة قبل تسليمها إلى المشتري ، ورجع المشتري على الوكيل بالثمن – فـإن للوكيـل الرجوع بالثمن على الموكل . أما إذا تلف الموكل فيه : كما لو تلفت السلعة الموكل ببيعها ، فإن الوكيل لا يرجع بالثمن على الموكل .

والفرق بينهما : أن الوكيل في الحالة الأولى وإن صار معزولاً بتصرف الموكل لكنـه صـار مغروراً من جهته : وذلك حين لم يعلمه الموكل بذلك ، فكان له الرجوع عليه . وهذا بخلاف ما إذا تلف الموكل فيه ؛ لأن معنى الغرور غير متحقق فيه ، فلم يكن له الرجوع عليه[٥] .

هذا ، والاتفاق المتقدم في غير ما إذا تلفت النقود الموكل بالشراء بها . أمـا إذا تلفـت النقـود الموكل بالشراء بها فإن الفقهاء مختلفون على النحو التالي :

---

[١] المصدر نفسه ، ج٦ ، ص٦٢ .

[٢] ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص٧٨ .

[٣] ابن قدامة ، الكافي ، ج٢ ، ص١٤٣ .

[٤] ابن الملقن ، عجالة المحتاج ، ج٢ ، ص٨٤٥ .

[٥] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص٦٣ .

يرى **الحنفية**[1] أن النقود الموكل بالشراء بها إذا تلفت فإنه لا يخلو : إما أن تتلف قبل قبض الوكيل لها ، أو بعده . وإذا تلفت بعد قبضه لها : فإما أن تتلف قبل الشراء ، أو بعده . وإذا تلفت بعد الشراء : فإما أن يكون الموكل قد دفع إلى الوكيل النقود قبل الشراء ، فاشترى الوكيل ، ثم تلفت . وإما أن يكون الموكل دفعها إليه بعد الشراء ، ثم تلفت . وبيانه فيما يلي :

١- إذا تلفت النقود قبل قبض الوكيل لها : كأن قال له الموكل : اشتر لي بهذه الألف درهم سلعة، وأراه الدراهم ، ولم يسلمها إليه حتى تلفت – فإن الوكالة لا تنفسخ ، فلو اشترى الوكيل بعد ذلك سلعة بألف درهم لزمت الموكل .

وجه ذلك : أن النقود لا تتعين في الوكالة قبل القبض ؛ لأن الوكالة وسيلة إلى الشراء ، والنقود لا تتعين في الشراء قبل القبض ، فكذا فيما هو وسيلة إلى الشراء .

٢- إذا تلفت النقود بعد القبض فله حالتان :

أ- إذا كان التلف قبل الشراء فإن الوكالة تنفسخ ، فلو اشترى الوكيل بعد ذلك كان الشراء لازماً له لا للموكل .

وجه ذلك : أن الوكالة غير لازمة ، والموكل لم يرض بكون الثمن ديناً في ذمته ، فلو بقيت الوكالة لكان الثمن ديناً في ذمته ، وهو لم يرض بذلك .

والقول بانفساخ الوكالة والحالة هذه ظاهر عند من يقول من الحنفية : إن النقود تتعين في الوكالة بعد القبض ؛ لأن الوكالة تعلقت بتلك النقود ، وقد ذهبت ، فتذهب الوكالة . أما عند عامة الحنفية الذين يقولون بعدم تعين النقود في الوكالة بعد القبض ؛ فلأن العرف يقضي بأن الموكل إذا دفع النقود إلى الوكيل فإنما يريد الشراء حال قيام تلك النقود ، فكان بقاء الوكالة مؤقتاً ببقاء النقود ، فإذا ذهبت ذهبت الوكالة .

ب- إذا كان التلف بعد الشراء فلهذا أيضاً حالتان :

الحالة الأولى : إذا كان الموكل قد دفع إلى الوكيل النقود قبل الشراء ، فاشترى الوكيل بها ، ثم تلفت قبل تسليمها للبائع – فالشراء لازم للموكل ، ويرجع عليه الوكيل بمثل تلك النقود .

---

[1] ابن قاضي سماونه ، جامع الفصولين ، ج١ ، ص١٦٥ – ص١٦٦ . ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٧ ، ص٢٧٧ ، ص٤٦٣ . قاضي زاده، نتائج الأفكار ، ج٨ ، ص٦٣ .

وجه ذلك : أن المقبوض قبل الشراء أمانة في يد الوكيل ؛ لأنه لم يقبضه لنفسه : إذ لا حق لـه على الموكل . لذا فإنه "لا يمكن جعله مستوفياً بقبضه قبل الشراء ؛ لأنه لم يجب له عليه شـيء حتى يصير مستوفياً بالقبض ، فيكون أمانة ، فإذا هلك رجع عليه"[(١)] .

وإذا رجع الوكيل على الموكل ، ثم تلفت النقود ثانية ، فليس للوكيل الرجوع عليه .

وجه ذلك : "أن الوكالة قد انتهت بشراء الوكيل ؛ لأن المقصود من الوكالة بالشراء استفادة ملك المبيع لا الربح ، فإذا اشترى فقد حصل المقصود ، فانتهى عقد الوكالة بانتهائه ، ووجب علـى الوكيل الثمن للبائع . فإذا هلك في يده قبل أن ينقده البائع وجب للوكيل على الموكـل مثـل مـا وجب للبائع عليه ، فإذا قبضه مرة فقد استوفى حقه ، فلا يجب له عليه شيء آخر"[(٢)] .

الحالة الأخرى : إذا كان الموكل دفعها إليه بعد الشراء ، ثم تلفت قبل تـسليمها للبـائع ، فـإن الوكيل لا يملك الرجوع على الموكل ، وعليه الثمن من ماله .

وجه ذلك : أن المقبوض بعد الشراء مضمون على الوكيل ؛ لأنه قبضه لنفسه : حيث إنه قبضه لاستيفاء ما وجب له على الموكل بعقد الشراء ، والمستوفى مضمون على المستوفي .

ونص **المالكية**[(٣)] على أن من وكل شخصاً على شراء سلعة ، فتلف الثمن فله حالتان :

١- إذا لم يدفع الموكل الثمن للوكيل قبل الشراء ، فاشتراها الوكيل ، ثم دفع إليه الموكل الثمن ، فتلف قبل وصوله للبائع – لزم الموكل غرم الثمن ولو تلف مراراً إلى أن يصل الثمن إلى البائع.

وجه ذلك : أن الوكيل إنما اشترى السلعة على ذمة الموكل ، فالثمن في ذمته حتى يـصل إلـى البائع .

ومحل غرم الموكل الثمن ولو مراراً إلى أن يصل للبائع إذا كان الثمن لا يعرف بعينه : كالعين. أما إن كان يعرف بعينه ، وأمره الموكل بالشراء على عينه ، ففعل ، ثم أخذه من الموكل ليدفعه للبائع ، فتلف قبل وصوله له – لم يلزم الموكل بتلفه شيء ، ويفسخ البيـع ؛ لأن هـذا بمنزلـة استحقاق الثمن المعين : حيث يفسخ البيع فكذلك هنا .

---

(١) الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٥ ، ص٥٥٨ .

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص١٧٦ .

(٣) خليل ، مختصر خليل ، ص٢٤٥ . المواق ، التاج والإكليل ، ج٧ ، ص٢٠٤ . الدردير ، الشرح الكبيـر ، ج٥ ، ص٧٥ – ص٧٦ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٥ ، ص٧٥ – ص٧٦ .

٢- إذا دفع الموكل الثمن إليه قبل الشراء فلهذا أيضاً حالتان :

الحالة الأولى : إذا تلف الثمن قبل الشراء فإن الموكل لا يلزم بدفع بدلـه ، ولا يلـزم الوكيـل الشراء .

الحالة الأخرى : إذا تلف الثمن بعد الشراء فإن الموكل لا يلزمه غرم الثمن ثانية ، سواء تلـف قبل قبض السلعة أم بعده ، وتلزم السلعة الوكيل بالثمن الذي اشتراها به إلا إذا شاء الموكـل أن يدفع الثمن ثانية ، ويأخذها .

وجه ذلك : أن الوكالة وقعت على الشراء بمال معين ، وقد ذهب ، فلا يلزمه غرمه . ولم تشغل ذمته بشيء حتى يلزمه الغرم[1] .

ومحل عدم إلزام الموكل بغرم الثمن ثانية إذا لم يأمر الوكيلَ بالشراء في الذمة ، ثم ينقده ، وإلا لزم الموكل الغرم إلى أن يصل للبائع .

وذهب **الشافعية**[2] إلى أن الموكل إذا دفع إلى وكيله نقوداً لشراء سلعة ، ثم تلفت النقود : فإما أن يكون قد وكله بالشراء بعينها ، أو في الذمة . وفي كل منهما : إما أن تتلف قبل الشراء ، أو بعده . وبيان ذلك فيما يلي :

١- إذا دفع إليه النقود ليشتري بعينها سلعة فلتلفها حالتان :

أ- إذا تلفت في يد الوكيل بعد الشراء ، وقبل تسليمها للبائع ، فإن البيع ينفسخ ، ولا شيء علـى الوكيل .

وجه ذلك : القياس على ما إذا تلف المبيع قبل قبضه : حيث ينفسخ البيع فكذلك هنا .

ب- إذا تلفت قبل الشراء فإن الوكالة تنفسخ .

٢- إذا دفع إليه النقود ليشتري في الذمة سلعة ولو مع أمره له بصرف النقود المدفوعة في الثمن فلتلفها حالتان :

أ- إذا تلفت في يد الوكيل بعد الشراء فإن العقد لا ينفسخ . ثم فيه ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : ينقلب العقد إلى الوكيل ، ويلزمه الثمن من ماله .

---

[1] الآبي ، جواهر الإكليل ، ج٢ ، ص١٩٤ .

[2] البغوي ، التهذيب ، ج٤ ، ص٢٢٥ . الرافعي ، العزيز ، ج٥ ، ص٢٥٢ – ص٢٥٣ . النـووي ، روضـة الطالبين ، ج٣ ، ص٥٥٧ – ص٥٥٨ . الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٥ ، ص٦٧ .

الوجه الثاني : يبقى العقد للموكل ، وعليه مثل تلك النقود .

ووجهه : أن العقد ملزم ، وقد وقع له .

الوجه الثالث : أن يقال للموكل : إن أردته فادفع مثل تلك النقود ، وإلا فيقع عن الوكيل ، وعليه الثمن .

ب- إذا تلفت قبل الشراء فإن الوكالة لا تنفسخ ، فإن اشترى للموكل فهل يقع له أم للوكيل ؟ فيه الوجهان الأولان من الأوجه الثلاثة المذكورة آنفاً .

هذا ، والتفرقة في الحكم بين أن يكون التوكيل بالشراء بعينها ، وبين أن يكون في الذمة – إنمـا هي على طريقة بعض المراوزة من الشافعية . أما على طريقـة العـراقيين ، وغيـرهم مـن الشافعية: فإن الوكالة تنفسخ بتلف النقود المدفوعة ، سواء أكان التوكيل بالشراء بعينها ، أم فـي الذمة. ثم إذا اشترى بعد التلف ، أو كان الشراء قبله ، فإنه يقع للوكيل .

وأطلق **الحنابلة**(١) القول بانفساخ الوكالة إذا دفع الموكل لوكيله ديناراً ، ووكله في الشراء بـه ، ثم تلف ، سواء وكله في الشراء بعينه أم مطلقاً .

وجه ذلك(٢) :

١- لأنه إن كان قد وكله في الشراء بعين الدينار ، فقد استحال الشراء بعينه بعد تلفه ، فتنفـسخ الوكالة . وإن كان وكله في الشراء مطلقاً ، ودفع الدينار ، فإنما تنفسخ الوكالة ؛ لأنه وكله فـي الشراء به ، ومعناه : أن يدفعه ثمناً لذلك البيع ، وقد تعذر ذلك بتلفه .

٢- ولأنه لو صح الشراء للزم الموكل ثمن لم يلزمه ، ولم يرض بلزومه .

والذي يظهر هو صحة ما ذهب إليه الحنفية بالتفصيل المتقدم ؛ لما ذكروه .

ويمكن مناقشة ما ذهب إليه بقية الفقهاء على النحو التالي :

ـ أما مذهب المالكية فيناقش بما يلي :

١- ما ذهبوا إليه من إلزام الموكل بغرم الثمن إذا لم يدفع إليه الثمن قبل الـشراء ... – فغيـر مسلم ، بل نقول : إن الوكيل لا يملك الرجوع على موكله ، وعليه الثمن من ماله ، وسواء أكان

---

(١) ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص٧٨ . ابن قدامة ، الكافي ، ج٢ ، ص١٤٣ . ابن عبيدان ، زوائد الكـافي ، ص١٢٦ . البهوتي ، كشاف القناع ، ج٣ ، ص٥٤٧ .

(٢) ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص٧٨ .

الثمن يعرف بعينه أم لا ؛ لأن الموكل قد دفع إليه الثمن بعد الشراء ، والمقبوض بعد الشراء مضمون على الوكيل كما بينه الحنفية .

٢- ما نصوا عليه من عدم إلزام الموكل بدفع البدل ، وعدم إلزام الوكيل بالشراء إذا دفع إليه الثمن قبل الشراء ، ثم تلف قبله – فإنه تعبير قد يوحي بأن الوكالة لا تزال قائمة ؛ لأن الوكالة حال قيامها لا تكون لازمة : فيملك الموكل ، والوكيل فسخها . والقول ببقاء الوكالة غير مسلم ؛ لما ذكره الحنفية في تعليل انفساخ الوكالة إذا تلفت النقود بعد قبضها ، وقبل الشراء بها . فكان الأولى التعبير بانفساخ الوكالة .

٣- ما ذهبوا إليه في حالة ما إذا دفع إليه الثمن قبل الشراء ، وتلف بعده – فغير مسلم ، بل يلزمه الشراء ، وعليه الثمن ثانية ؛ لما ذكره الشافعية من أن الشراء عقد ملزم ، وقد وقع له .

والدليل الذي ساقوه في هذا المقام غير مسلم ؛ لأن الوكالة وإن وقعت على الشراء بمال معين ، إلا أن ذهابه لا يستوجب نفي الغرم عن الموكل ؛ لأن من الممكن إلزامه بمال آخر غيره ؛ إذ النقود لا تتعين في الوكالة قبل قبض الوكيل لها أو بعده . ويمكن الاستدلال لذلك بما ذكره الحنفية في توجيه عدم انفساخ الوكالة إذا تلفت النقود قبل قبض الوكيل لها .

- أما مذهب الشافعية فيناقش بما يلي :

١- ما ذهبوا إليه من انفساخ البيع إذا دفع إليه النقود ليشتري بعينها ، ثم تلفت بعد الشراء ، وقبل تسليمها للبائع – فغير مسلم ، بل يكون الشراء لازماً للموكل .

أما القياس على تلف المبيع قبل قبضه فيجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن المبيع معين ، وقد تعلق البيع بعينه ، فإذا ذهب ذهب البيع . وهذا بخلاف تلف النقود قبل تسليمها للبائع ؛ لأنها لا تتعين في الوكالة كما ذكر الحنفية ، فلم يكن البيع متعلقاً بعينها حتى يزول بزوالها .

٢- ما ذهبوا إليه من انفساخ الوكالة إذا دفع إليه النقود ليشتري بعينها ، ثم تلفت قبل الشراء – فمسلم . ويمكن الاستدلال له بما علل به الحنفية في هذا المقام .

٣- ما ذهبوا إليه من أن العقد لا ينفسخ إذا دفع إليه النقود ليشتري في الذمة ، ثم تلفت بعد الشراء – فمسلم .

كما أنني أختار الوجه الثاني من الأوجه الثلاثة المذكورة في مصير هذا العقد ؛ للتعليل الذي ساقوه لهذا الوجه . أما الوجه الأول فإنه يتنافى ومقصود الوكالة في إيقاع العقد للموكل لا

الوكيل ؛ وذلك تنفيذاً لإرادة الموكل ، وإشباعاً لحاجته . أما الوجه الثالث فإنه يتنـافى وطبيعـة الشراء : والذي هو عقد ملزم ، لا يملك الموكل الخيرة فيه .

٤- ما ذهبوا إليه من أن الوكالة لا تنفسخ إذا دفع إليه النقود ليشتري في الذمة ، ثم تلفـت قبـل الشراء – فمسلم . ويتأيد ذلك بأن التوكيل وقع بالشراء في الذمة ، فكان الثمن المعقود عليه هـو ما في الذمة ، لا عين التالف[1] .

كما أنني أختار الوجه الثاني في مصير هذا العقد ؛ للتوجيه المذكور آنفاً .

٥- أما طريقة العراقيين ، وغيرهم من الشافعية ، فإننا نوافقهم على أن الوكالة تنفسخ إذا كـان التوكيل بالشراء بعينها ، ثم تلفت قبل الشراء . وأن الوكيل إذا اشترى بعد ذلك كان الشراء له . ولكننا نفترق معهم فيما وراء ذلك : فلا تنفسخ الوكالة في غير هـذا الموضـع . وإذا اشـترى الوكيل فإن الشراء يكون للموكل ، سواء أكان الشراء قبل التلف أم بعـده ؛ وذلـك للتعليـلات المذكورة في النقاط المتقدمة .

ـ أما مذهب الحنابلة فيناقش بما يلي :

١- أما إطلاقهم القول بانفساخ الوكالة بتلف النقود المدفوعة – فينبغي تقييده بما إذا كان التلـف قبل الشراء . أما إذا كان التلف بعد الشراء فإن البيع يكون لازماً للموكل .

٢- أما دليلهم الأول فإنه لا يستقيم الاستدلال به على انفساخ البيع إذا كان التلف بعد الـشراء ؛ لأن النقود لا تتعين في الوكالة ، فأمكن دفع غيره .

٣- أما دليلهم الثاني فإن من الممكن الاستدلال به على انفساخ الوكالة إذا كان التلف قبل الشراء لا بعده ؛ لأن التلف إذا كان بعد الشراء فإن الثمن يكون لازماً للموكل بالـشراء ، فـلا يكـون إلزامه بالثمن حينئذ إلزاماً له بثمن لم يلزمه .

---

[1] راجع : ص ٩٤ .

الفرع الثاني : أثر خروج منفعة الموكل فيه عن ملك الموكل في انفساخ الوكالة

اختلف الفقهاء إذا خرجت منفعة الموكل فيه عن ملك الموكل : كما لو وكله ببيع عين لـه ، ثـم أجرها الموكل على قولين :

القول الأول : لا تنفسخ الوكالة . وهو ظاهر الرواية عند الحنفية[١] .

وجه هذا القول : أن تصرف الموكل في العين بالإجارة لا يعجز الوكيل عن البيع ، فلا تنفـسخ الوكالة[٢] .

القول الثاني : تنفسخ الوكالة . وهو رواية عن أبي يوسف[٣] ، ومذهب الشافعية[٤] .

وجه هذا القول : أن قيام الموكل بالإجارة يشعر بالرجوع عن الإذن في التصرف[٥] ؛ لأن مـن يريد البيع لا يؤجر ؛ لقلة الرغبة في العين إذا كانت مستأجرة[٦] .

والصواب ما ذهب إليه أصحاب القول الأول ؛ لما ذكروه . ويتأيد ذلك بما جاء في تعليل الفقهاء لجواز بيع العين المستأجرة إذ قالوا : إن الإجارة ترد على المنافع ، والبيع على الرقبة[٧]. لـذا فإنه لا منافاة بين التوكيل ببيع العين ، وبين تأجيرها ؛ لاختلاف ما يرد عليه كلٌ منهما .

أما ما استدل به أصحاب القول الثاني فيجاب عنه : بأنه غير مسلم ؛ لأن كثيـراً مـن النـاس يوكلون في بيع دورهم ، ثم يقومون بتأجيرها ؛ لئلا تتعطل عليهم منافعها . والتعليل بقلة الرغبة وإن سلم إلا أنه ليس مطرداً[٨] ، فلا يصح بناء الحكم عليه .

---

[١] العيني ، البناية ، ج٩ ، ص٣١٢ . ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٧ ، ص٣٢٤ . داماد أفندي ، مجمع الأنهر، ج٣ ، ص٣٤١ .

[٢] ابن مودود ، الاختيار ، ج٢ ، ص١٦٤ .

[٣] الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٥ ، ص٣١٦ .

[٤] الأنصاري ، فتح الوهاب ، ج١ ، ص٣٧٨ . ابن حجـر الهيتمـي ، تحفـة المحتـاج ، ج٢ ، ص٣٣٨ . المليباري، فتح المعين ، ج٣ ، ص١٦٦ .

[٥] البجيرمي ، بجيرمي على الخطيب ، ج٣ ، ص١١٥ .

[٦] الرافعي ، العزيز ، ج٥ ، ص٢٥٥ . النووي ، روضة الطالبين ، ج٣ ، ص٥٥٩ .

[٧] ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص٢٨٣ .

[٨] الحصني ، كفاية الأخيار ، ج١ ، ص٢٧٣ .

الفرع الثالث : أثر تغير الموكل فيه في انفساخ الوكالة

ذكر **الحنفية** أمثلة كثيرة لتغير الموكل فيه ، ولكنهم لم يسووا بينها في الحكـم : فقـالوا تـارة بانفساخ الوكالة . وتارة ببقائها . وتارة بالتفرقة بين أن يكون التوكيل بالبيع فلا تنفسخ ، وبين أن يكون بالشراء فتنفسخ . جاء في الفتاوى الهندية في باب ما يخرج به الوكيـل عـن الوكالـة : "ومنه: تغيير الموكل به : وكل ببيع الكفري[١] الذي في نخلة فلان ، أو شراء الكفري الذي فـي نخيل فلان ، فصار الكفري بسراً[٢] ، أو رطباً ، أو تمراً – بطلت الوكالـة ؛ لتغييـر الاسـم . وكذلك البسر إذا صار رطباً بطلت في البيع ،والشراء .... والرطب إذا صار تمراً لـم تبطـل الوكالة في البيع ، والشراء ؛ استحساناً . بخلاف العنب إذا صار زبيباً . والبـسر الـصغير إذا صار كبيراً لا تبطل الوكالة في البيع ، والشراء ، كذا في المحيط . ولو أمره ببيـع بـيض ، أو شرائه ، فخرج منه فراريج . أو بيع طلع ، فصار تمراً . أو بيع عصير ، أو عنـب ، فـصار خلاً، أو زبيباً ، أو عصيراً . أو بيع لبن ، فصار زبداً ، أو سمناً – خرج الوكيل من الوكالة.... ابن سماعة عن أبي يوسف – رحمه ا تعالى - : لو أمره بشراء لبن حليب بعينه ، فحمض ، ثم اشتراه – لم يجز على الموكل . وإن لم يسم حليباً جاز ؛ لأنه يطلق عليه اسم اللبن. ولو أمره ببيع لبن حليب بعينه ، فحمض ، ثم باعه ، جاز ؛ لأن المحل الذي وكله ببيعه لم يـستهلك ، إذ المقصود من البيع تحصيل الثمن ، كذا في محيط السرخسي .... ولو أمره بشراء سويق بعينه ، فلتّ بسمن[٣] ، أو زيت ، أو حلّي بعسل ، أو سكر – لم يجز شراؤه على الآمر ، والبيع يجـوز .... ولو أمره بشراء ثوب أبيض بعينه ، فصبغ ، لم يجز الشراء على الآمر، والبيـع يجـوز . وكذا إذا ينسبه إلى البياض في الأمر ، ولكن أشار إليه في الأمر يجوز البيع، ولا يجوز الشراء، كذا في المحيط"[٤] .

---

[١] الكفري : هو طلع النخل : وهو أول ما ينشق عنه . انظر : النسفي ، طلبة الطلبة ، ص ٢٣٨ ، ص٣١١ .

[٢] البسر : "البلح إذا عظم" . انظر : المصدر نفسه ، ص٣١١ .

[٣] لت السويق بسمن : أي خلطه به . انظر : المصدر نفسه ، ص١٧٢ .

[٤] نظام وجماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية ، ج٣ ، ص٥٨٦ – ص٥٨٧ . وانظر : ابن نجيم ، البحـر الرائق ، ج٧ ، ص٣٢٤ – ص٣٢٥ .

وجاء في موضع آخر من الفتاوى الهندية : "رجل أمر رجلاً بشراء حنطة بعينها ، أو ببيعها ، فجعلت دقيقاً ، أو سويقاً – خرج عن الوكالة ، كذا في الخلاصة"[١] .

كما جاء في الفتاوى البزازية : "وكله ببيع داره ، ثم بنى فيها ، فهو رجوع عنها عند الإمام ، ومحمد – رحمهما الله - . لا التجصيص ... وكذا لو وكله ببيع أرضه ، ثم غرس فيها . بخلاف ما إذا وكله ببيع أرض ، وزرع ، فيبيع الوكيل الأرض دون الزرع ؛ لأن البناء ، والغرس يقصد بهما القرار ، لا الزرع"[٢] .

وللشافعية وجهان في انفساخ الوكالة إذا كان التوكيل ببيع الحنطة ، ثم طحنها الموكل[٣] . الأوجه منهما : أن الوكالة تنفسخ[٤] .

وجه ذلك :

١- "بطلان اسم الحنطة"[٥] .

٢- ولإشعار هذا الفعل بالإمساك[٦] عن البيع .

ومحل انفساخ الوكالة إذا صرح الموكل في التوكيل باسم الحنطة كأن يقول : وكلتك في بيع هذه الحنطة . أما إذا لم يصرح باسمها كقوله : وكلتك في بيع هذه ، فإنها لا تنفسخ في الأوجه[٧] .

على أن بعضهم يرى أن الأوجه انفساخ الوكالة سواء أصرح الموكل باسم الحنطة أم لا[٨] .

---

[١] نظام وجماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية ، ج٣ ، ص٥٨٣ . وانظر : الحصكفي ، الدر المنتقى ، ج٣، ص٣٤٠ .

[٢] ابن البزاز ، الفتاوى البزازية ، ج٢ ، ص٤٦٦ ، على هامش ج٥ ، ص٤٦٦ من الفتاوى الهندية . وانظر : ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٧ ، ص٣٢٤ .

[٣] الرافعي ، العزيز ، ج٥ ، ص٢٥٥ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٣١٥ .

[٤] الرملي ، نهاية المحتاج ، ج٥ ، ص٥٦ . القليوبي ، حاشية القليوبي ، ج٢ ، ص٥٥٦ .

[٥] الرافعي ، العزيز ، ج٥ ، ص٢٥٥ . النووي ، روضة الطالبين ، ج٣ ، ص٥٥٩ .

[٦] الرافعي ، العزيز ، ج٥ ، ص٢٥٥ .

[٧] الأنصاري ، الغرر البهية ، ج٥ ، ص٥٤١ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٣١٥ .

[٨] الشبراملسي ، حاشية الشبراملسي ، ج٥ ، ص٥٦ . الشرواني ، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ، ج٧ ، ص١٠٩ .

وباستعراض الأمثلة التي ذكرها الحنفية ، والشافعية ، وما ورد في تعليلها – يتبين أن الوكالـة تنفسخ بتغير الموكل فيه في الحالات التالية :

١- إذا أفضى تغير الموكل فيه إلى تغير اسمه . ويشهد لذلك ما جاء في تعليل الحنفية لانفـساخ الوكالة إذا وكله ببيع الكفري ، أو شرائه ، فصار بسراً ، أو رطباً ، أو تمراً . وما جـاء فـي تعليل الشافعية لانفساخ الوكالة إذا وكله ببيع الحنطة ، ثم طحنها .

ولهذا قال الحنفية : لو أمره بشراء لبن حليب بعينه ، فحمض ، ثم اشـتراه ، لـم يجـز علـى الموكل. وإن لم يسم حليباً جاز ؛ لأنه يطلق عليه اسم اللبن . فأنت تراهم قد أبقوا على الوكالـة في الموضع الأخير ؛ لأن اسم الموكل فيه لا يزال يطلق عليه .

٢- إذا كان تغير الموكل فيه أمارة ، وعلامة على رجوع الموكل عن الإذن فـي التـصرف . ويشهد لذلك ما جاء في تعليل الحنفية لانفساخ الوكالة إذا وكله ببيع داره ، ثم بنى فيها . أو وكله ببيع أرضه ، ثم غرس فيها . وما جاء في تعليل الشافعية لانفساخ الوكالة إذا وكله ببيع الحنطة، ثم طحنها .

ولهذا أبقى الحنفية على الوكالة إذا كان التغير لا يدل على رجوعه : كما إذا وكله ببيع أرضه ، ثم زرع فيها .

٣- إذا كان التغير في الموكل بشرائه . ويشهد لذلك ما قاله الحنفية : لو وكله بشراء ثوب أبيض بعينه ، فصبغ ، لم يجز الشراء على الموكل ؛ وهذا لأن مقصود المشتري تحصيل المبيع بعينه، فالقول بإمضاء الشراء عليه مع تغيره منافٍ لمقصوده .

ولهذا أبقى الحنفية على الوكالة إذا كان التغير في الموكل ببيعه : كما إذا كان التوكيل في المثال المتقدم ببيع الثوب لا بشرائه . وقالوا في تعليل هذا : إن مقصود البائع من البيع تحصيل الثمن ، وهذا أمر ممكن ولو مع تغيره ، فلا وجه لانفساخ الوكالة .

والذي يظهر أن مرد الأمر في ذلك إلى العرف : فإذا تغير الموكل فيه بفعل الموكل ، وكان هذا التغير يعد رجوعاً منه عن الإذن في التصرف عرفاً . أو كان من شأنه أن يحمل الموكل علـى الرجوع عنه إذا كان التغير بدون فعله – فينبغي أن تنفسخ الوكالة وإلا فلا .

ورد ذلك إلى العرف أدعى إلى تحقيق مصلحة الموكل : إذ قد تظل رغبته في تحصيل الموكـل فيه قائمة عرفاً وإن تغير اسمه ، وإن كان التغير في الموكل بشرائه ، فلا يكون القول بانفـساخ

الوكالة والحالة هذه متجهاً . كما أن رغبته في تحصيل الموكل فيه قد تتلاشى عرفـاً وإن كـان التغير في الموكل ببيعه، فلا يستقيم الإبقاء على الوكالة . وما شرعت الوكالة إلا إشباعاً لحاجـة الموكل ، وتحقيقاً لمصلحته .

موقف القانون المدني الأردني

نص القانون المدني الأردني على أن الوكيل لا يضمن المال الذي قبضه لحساب موكله إذا هلك في يده بغير تعد أو تقصير . جاء في المادة (٨٤٦) : "يعتبر المال الذي قبضه الوكيل لحـساب موكله في حكم الوديعة ، فإذا هلك في يده بغير تعد أو تقصير فلا ضمان عليه" .

المبحث الرابع : أثر فوات محل عقد الشركة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أثر فوات مال الشركة بعد الخلط

المطلب الثاني : أثر فوات مال الشركة قبل الخلط

تعريف الشركة

الشركة لغة : الشركة بفتح فكسر ، أو الشركة بكسر فسكون ، أو الشركة بفتح فسكون : مخالطة الشريكين[(١)] .

واصطلاحاً : "عقد بين المتشاركين في الأصل ، والربح"[(٢)] .

محل عقد الشركة : المال المشترك فيه . وإذا فات هذا المال فممن يكون ضمانه ؟ وما مصير الشركة ؟

للإجابة عن ذلك فإنه يفرق بين حالتين : الأولى : فواته بعد خلط رأس مال الشريكين . والأخرى : فواته قبل الخلط . وبيان ذلك في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : أثر فوات مال الشركة بعد الخلط

اتفق الفقهاء على أن ما يتلف من مال الشركة بعد خلط رأس مال الشريكين يكون من ضمان الشريكين[(٣)] بقدر حصة كل منهما من رأس المال[(٤)] : فإذا كانت حصة كل منهما متساوية ، كانت الخسارة بينهما نصفين . وإذا كان لأحدهما ثلثي رأس المال ، وللآخر الثلث ، كان على الأول ثلثي الخسارة ، وعلى الآخر الثلث[(٥)] .

وجه هذا الاتفاق :

١- أما كون ما يتلف من مال الشركة بعد الخلط من ضمان الشريكين ، فلأنه لا يتميز مال كل منهما عن مال الآخر بعد الخلط ، فكان من ضمانهما[(٦)] .

---

(١) الزبيدي ، تاج العروس ، ج٧ ، ص١٤٨ ، مادة (شرك) .

(٢) التمرتاشي ، تنوير الأبصار ، ج٦ ، ص٤٥٩ .

(٣) المرغيناني ، الهداية ، ج٣ ، ص٩ . الطائي ، كنز البيان ، ص٢٢١ . الدردير ، الشرح الكبير ، ج٥ ، ص٦ . التسولي ، البهجة ، ج٢ ، ص٣٥١ . الرافعي ، العزيز ، ج٥ ، ص١٨٨ . ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج٢ ، ص٣١٥ . ابن مفلح ، المبدع ، ج٤ ، ص٣٥٩ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص٣٧٢ . ابن حزم ، المحلى ، ج٦ ، ص٤١٥ .

(٤) السرخسي ، المبسوط ، ج١١ ، ص١٦٨ – ص١٦٩ . الحلبي ، ملتقى الأبحر ، ج٢ ، ص٥٥٤ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢٣٩ . الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٦ ، ص٣٤٩ . النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٢٩٢ . ابن الوردي ، منظومة البهجة الوردية ، ج٥ ، ص٤٧٥ . الشويكي ، التوضيح ، ج٢ ، ص٧١٣ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص٢٥٤ . ابن حزم ، المحلى ، ج٦ ، ص٤١٥ .

(٥) ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص٢٤ . شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير ، ج٥ ، ص١١٩ .

(٦) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٥ ، ص٢٩٥ . القاري ، فتح باب العناية ، ج٢ ، ص٥٣١ .

٢- أما كون الخسارة على الشريكين بقدر حصة كل منهما من رأس المال ؛ فلأن الخسارة : هي نقصان مال الشريكين ، فتكون عليهما على قدر المالين[١] .

ثم إذا تلف بعض المال بقي الباقي على الشركة . وإذا تلف كله انفسخت الشركة[٢] .

المطلب الثاني : أثر فوات مال الشركة قبل الخلط

اختلف الفقهاء فيما يتلف من مال الشركة قبل الخلط على قولين .

سبب الاختلاف

يمكن رد اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى الاختلاف في الخلط : هل هو شرط لصحة الشركة، أو لضمان مالها ، أو ليس شرطاً لصحتها ، ولا لضمان مالها : فمن قال : إن الخلط شرط لصحة الشركة ، أو شرط لضمان مالها ، قضى بأن ما يتلف من مال الشركة قبل الخلط يكون من ضمان صاحبه فقط ؛ لأن الشركة حينئذ غير صحيحة – عند من يقول : إن الخلط شرط لصحة الشركة – ، أو صحيحة ، ولكن مالها ليس مضموناً على جميع الشركاء – عند من يقول : إن الخلط شرط لضمان مالها ، لا لصحتها - . ومن قال : إن الخلط ليس شرطاً لصحة الشركة ، ولا لضمان مالها ، بل تصح ، ويكون مالها من ضمان الشريكين بمجرد العقد – قضى بأن ما يتلف من مالها قبل الخلط يكون من ضمان الشريكين .

أقوال الفقهاء وأدلتهم

اختلف الفقهاء فيما يتلف من مال الشركة قبل الخلط على قولين :

القول الأول : ما يتلف من مال الشركة قبل الخلط يكون من ضمان الشريكين . وهذا هو الصحيح عند الحنابلة[٣] .

وجه هذا القول :

١- إن الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل شريك في نصف مال شريكه ، فيكون التلف من ضمانهما[٤] .

---

[١] الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص١٥٨ .

[٢] الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٤ ، ص٢٤٧ . ابن نجيم ، النهر الفائق ، ج٣ ، ص٣٠١ .

[٣] أبو يعلى ، الجامع الصغير ، ص١٥٦ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص٣٧٢ . ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج٣ ، ص٨ ـ ص٩.

[٤] ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص١٣ .

٢- ولأن الخسارة ، والضمان أحد موجبي الشركة ، فوجب أن يتعلقا بالـشريكين ؛ كـالربح ، وكما لو اختلط رأس المال[١] .

القول الثاني : ما يتلف من مال الشركة قبل الخلط يكون من ضمان صاحبه فقط . وهذا مذهب الحنفية[٢] ، والمالكية[٣] ، والشافعية[٤] ، والحنابلة في رواية[٥] ، وابن حزم[٦] .

وجه هذا القول :

١- إن مال كل واحد من الشريكين بعد العقد ، وقبل الخلط ، باقٍ على ملكه ، فيكون تلفه مـن ضمانه وحده . سواء تلف في يده ، أم في يد صاحبه ؛ لأنه أمين ، فلا يضمن[٧] .

٢- ولأنه ليس ثمة ما يمنع من عدم تعلق الضمان ، والخسارة بالشريكين ، وبين تعلق الـربح بهما ؛ كالمضاربة[٨] .

هذا ، ونص **الحنفية**[٩] على انفساخ الشركة بتلف مالها كله ، أو أحد المالين قبل أن يشتريا شيئاً.

وجه ذلك :

ـ أما انفساخ الشركة بتلف مالها كله فلما يلي :

١- إن المعقود عليه في الشركة المال ، وهو يتعين فيها ؛ كالهبة ، والوصية ، وبهلاك المعقود

---

[١] القاضي أبو الحسين ، التمام ، ج٢ ، ص٤٦ . ابن قدامة ، المغني ، ج5 ، ص١٤ .

[٢] صدر الـشريعة ، النقايـة ، ج٢ ، ص٥٣٠ ـ ص٥٣١ . الحلبـي ، ملتقـى الأبحـر ، ج٢ ، ص555 . الحصكفي ، الدر المختار ، ج٦ ، ص٤٨٣ .

[٣] خليل ، مختصر خليل ، ص٢٣٨ . الآبي ، جواهر الإكليل ، ج٢ ، ص١٧٤ . النفراوي ، الفواكه الدواني ، ج٢ ، ص١٩٧ .

[٤] ابن الملقن ، عجالة المحتاج ، ج٢ ، ص٨٢٩ . ابن المقري ، روض الطالب ، ج5 ، ص٦ . الرملي ، غاية البيان ، ص٣٠٦ .

[٥] القاضي أبو الحسين ، التمام ، ج٢ ، ص٤5 . ابن مفلح ، الفروع ، ج٧ ، ص١٠٧ . ابن مفلح ، المبـدع ، ج٤ ، ص٣5٩ .

[٦] ابن حزم ، المحلى ، ج٦ ، ص٤١5 .

[٧] السرخسي ، المبسوط ، ج١١ ، ص١٧٧ . داماد أفندي ، مجمع الأنهر ، ج٢ ، ص55٤ .

[٨] القاضي أبو الحسين ، التمام ، ج٢ ، ص٤٦ .

[٩] المرغيناني ، بداية المبتدي ، ج٣ ، ص٨ ، ص٩ . المرغيناني ، الهداية ، ج٣ ، ص٨ ـ ص٩ . الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٤ ، ص٢٤٧ـ ص٢٤٨ . البابرتي ، العناية ، ج٦ ، ص١٦٨ـ ص١٦٩ .

عليه يبطل العقد ؛ كما إذا هلك المبيع قبل القبض[١] .

٢- ولأن الشركة عقدت لاستنماء المال ، وهذا لا يتصور بعد هلاكه ، فينبغي أن تنفسخ[٢] .

ـ أما انفساخ الشركة بتلف أحد المالين قبل الشراء ؛ فلأن الشريك الذي لم يهلك ماله لم يـرض بشركة صاحبه في ماله إلا ليشركه هو أيضاً في ماله،فإذا فات ذلك انعدم الرضا، فيبطل العقد[٣].

أما إذا اشترى أحد الشريكين بماله ، ثم تلف مال الآخر قبل الشراء به ، فالمشترى بينهما .

وجه ذلك : أن الشركة كانت قائمة وقت الشراء ، فوقع المشترى مشتركاً بينهما ، فـلا يتغيـر بهلاك مال الآخر بعد ذلك[٤] .

ثم يرجع المشتري على شريكه بثمن حصته .

وجه ذلك : أن المشتري وكيل عن شريكه في حصته ، وقد قضى الثمن من مال نفسه ، والوكيل إذا قضى الثمن من مال نفسه رجع على موكله فكذلك هنا[٥] .

إلا أن فقهاء الحنفية اختلفوا في الشركة الواقعة في هذا المشترى على قولين :

القول الأول : الشركة في المشترى شركة عقد . وهو قول محمد بن الحسن ، "وهو الصحيح"[٦].

وجهه : أن شركة العقد قد تمت في المشترى عند الشراء ، فلا تنـتقض بهـلاك المـال بعـد تمامها[٧] ؛ كما إذا اشتريا بمالهما ، ثم هلك المالان قبل الدفع[٨] .

القول الثاني : الشركة في المشترى شركة ملك . وهو قول الحسن بن زياد .

وجهه : أن شركة العقد قد بطلت بهلاك المال ؛ كما لو هلك أحد المالين قبـل الـشراء بمـال الآخر. وإنما الذي بقي هو حكم الشراء : وهو الملك ، فكانت شركتهما في المشترى شركة ملك[٩] .

---

[١] المرغيناني ، الهداية ، ج٣ ، ص٨ . الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٤ ، ص٢٤٧ .

[٢] داماد أفندي ، مجمع الأنهر ، ج٢ ، ص٥٥٤ .

[٣] المرغيناني ، الهداية ، ج٣ ، ص٩ . ابن مودود ، الاختيار ، ج٣ ، ص١٦ .

[٤] السرخسي ، المبسوط ، ج١١ ، ص١٧٨ . الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٤ ، ص٢٤٧ .

[٥] العيني ، البناية ، ج٧ ، ص٤٠٣ . ابن نجيم ، النهر الفائق ، ج٣ ، ص٣٠٢ .

[٦] نظام وجماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية ، ج٢ ، ص٣٣٦ .

[٧] المرغيناني ، الهداية ، ج٣ ، ص٩ . ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٥ ، ص٢٩٥ .

[٨] الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٤ ، ص٢٤٨ . البابرتي ، العناية ، ج٦ ، ص١٦٨ .

[٩] السرخسي ، المبسوط ، ج١١ ، ص١٧٨ . البابرتي ، العناية ، ج٦ ، ص١٦٨ـ ص١٦٩ .

وتظهر ثمرة هذا الاختلاف في تصرف الشريك في نصيب صاحبه : فعند محمد بن الحسن : يملك الشريك التصرف في نصيب صاحبه ، وإذا باعه كان بيعه نافذاً ؛ لأنها شركة عقد ، والشريك في شركة العقد يملك ذلك . أما عند الحسن بن زياد : فإن الشريك لا يملك التصرف في نصيب صاحبه ، وإذا باعه لا يكون بيعه نافذاً ؛ لأنها شركة ملك ، والشريك في شركة الملك لا يملك ذلك .

وإذا هلك مال أحدهما قبل الشراء به ، ثم اشترى الآخر بماله فإنه ينظر :

١- إذا كان الشريكان قد صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما .

وجه ذلك : أن الشركة وإن بطلت بالهلاك إلا أن الوكالة المصرح بها باقية ، فكان المشترى مشتركاً بينهما بحكم الوكالة المفردة[١] .

ثم يرجع المشتري على شريكه بثمن حصته ؛ لما ذكر آنفاً . وتكون شركتهما في المشترى شركة ملك ، فلا يملك أحد الشريكين أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه .

وقد مثل بعض الحنفية للتصريح بالوكالة بما إذا قالا عند عقد الشركة : على أن ما اشتراه كل واحد منا يكون مشتركاً بيننا[٢] . وذكر ابن عابدين أن هذا التمثيل يفيد "أنه ليس المراد من التصريح بالوكالة ذكر لفظها ، بل ما يشمل معناها"[٣] .

٢- إذا ذكرا مجرد الشركة ، ولم يصرحا بالوكالة فيها ، "مثل : أن يشتركا على أن يشتريا ، ويبيعا ، فما كان من ربح فهو بينهما نصفين ، أو أثلاثاً"[٤] – فالمشترى للذي اشتراه خاصة .

وجه ذلك : "لأن الشركة لما بطلت بطل ما في ضمنها من الوكالة"[٥] ، فإذا اشترى بعد ذلك كان مشترياً لنفسه خاصة .

ونص **المالكية** على عدم انفساخ الشركة إذا تلف شيء من مالها قبل الخلط وإن قيل : إن ضمانه من صاحبه فقط[٦] . ولهذا قرروا أن ما يشترى بغير المال التالف يكون بين الشريكين ، "فإن

---

(١) المرغيناني ، الهداية ، ج٣ ، ص٩ . الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٤ ، ص٢٤٨ .

(٢) السرخسي ، المبسوط ، ج١١ ، ص١٧٧ . الشلبي ، حاشية الشلبي ، ج٤ ، ص٢٤٨ .

(٣) ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٦ ، ص٤٨٣ ـ ص٤٨٤ .

(٤) الشلبي ، حاشية الشلبي ، ج٤ ، ص٢٤٨ .

(٥) الحصكفي ، الدر المختار ، ج٦ ، ص٤٨٤ . الحصكفي ، الدر المنتقى ، ج٢ ، ص٥٥٥ .

(٦) الدردير ، الشرح الصغير ، ج٣ ، ص٢٩٤ .

ربح فلهما ، وإن خسر فعليهما"[١] ، ويدفع من تلف ماله ثمن حصته[٢] .

وجه ذلـك : أن الشركة تلزم بمجرد العقد[٣] ، فلا تنفسخ بما يتلف من مالها بعد ذلك . وإذا لـم تنفسخ فالمشترى بينهما ؛ "لأنه اشتري بقصد الشركة"[٤] .

وقد اتفق المالكية[٥] على أن المشترى يكون بين الشريكين إذا وقع الشراء قبل التلف . أمـا إذا وقع الشراء بالسالم (المال الذي سلم ، ولم يتلف) بعد التلف فللمالكية تأويلان :

التأويل الأول : إذا كان المشتري الذي سلم ماله قد اشتراه بعد علمه بالتلف ، فإن صاحبه الـذي تلف ماله يخير بين أن يدخل مع المشتري ، أو أن لا يدخل . ومحل تخييره إذا قال المـشتري : اشتريته على الشركة . أما إن قال : اشتريته لنفسي اختص به اتفاقاً . أما إن كان قد اشتراه قبل علمه بالتلف ، فالمشترى بينهما . وهو تأويل عبد الحق ، وابن يونس من المالكية ، وهـو الأظهر[٦] .

وجه كون المشترى بين الشريكين إن كان قد اشتراه قبل علمه بالتلف : القياس على ما إذا وقـع الشراء قبل التلف[٧] : حيث يكون المشترى بينهما فكذلك هنا .

التأويل الآخر : إذا كان المشتري الذي سلم ماله قد اشتراه بعد علمه بالتلف ، فإنه يختص بـه ، فيكون له ربحه ، وعليه خسارته . أما إن كان قد اشتراه قبل علمه بالتلف ، كان بالخيـار بـين إدخال صاحبه الذي تلف ماله معه ، أو يختص به . وهو تأويل ابن رشد الجد من المالكية[٨] .

---

(١) الآبي ، جواهر الإكليل ، ج٢ ، ص١٧٤ .

(٢) خليل ، مختصر خليل ، ص٢٣٨ . الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٦ ، ص٣٤٠ . التسولي ، البهجة ، ج٢، ص٣٥١ .

(٣) الدردير ، الشرح الصغير ، ج٣ ، ص٢٩٤ .

(٤) الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٦ ، ص ٣٤٠ .

(٥) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٥ ، ص٧ .

(٦) الخرشي ، حاشية الخرشـي ، ج٦ ، ص٣٤١ ـ ص٣٤٢ . الـدردير ، الـشرح الكبيـر ، ج٥ ، ص٧ . الدردير، الشرح الصغير ، ج٣ ، ص٢٩٤ .

(٧) القرافي ، الذخيرة ، ج٨ ، ص٤٨ . المواق ، التاج والإكليل ، ج٧ ، ص٧٦ .

(٨) ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، ج٣ ، ص٤١ ـ ص٤٢ .الدردير ، الشرح الصغير ، ج٣ ،ص٢٩٤ .

وجه تخيير المشتري إن كان قد اشتراه قبل علمه بالتلف : لأن من حجة المشتري أن يقول لشريكه : لو علمت أن مالك قد تلف لم أشتر إلا لنفسي[١] .

وتجدر الإشارة إلى أن ما تقدم عند المالكية في كون التالف من مال الشركة قبل الخلط من ضمان صاحبه فقط – محله إذا كان هذا التالف مما يتعلق به حق توفية . أما إن كان مما لا يتعلق به حق توفية ، فضمانه من الشريكين ، سواء تلف قبل الشراء ، أم بعده ؛ لأن الخلط ليس شرطاً لضمانه ، بل يضمنه الشريكان بمجرد العقد[٢] .

ونص **الشافعية**[٣] على أنه إذا تلف مال أحد الشريكين قبل الخلط فإنه يتعذر إثبات الشركة في الباقي ؛ وهذا لأن الخلط شرط لصحة الشركة ، فإذا لم يكن ثمة خلط فلا شركة بينهما .

وهو قياس قول **ابن حزم** ؛ لأنه جعل الخلط شرطاً لصحة الشركة[٤] .

المناقشة والقول المختار

يمكن مناقشة ما استدل به أصحاب القول الثاني على النحو التالي :

١- أما قولهم : إن مال كل واحد من الشريكين بعد العقد ، وقبل الخلط ، باقٍ على ملكه ... – يجاب عنه : بأنه غير مسلم ، بل يملك كل شريك نصف مال شريكه الآخر بمجرد عقد الشركة، فيكون التالف من ضمانهما – كما ذكر الحنابلة - . وقولهم : إن الشريك أمين فمسلم ، لكن هذا لا يتنافى مع كون التالف قبل الخلط من ضمان الشريكين ؛ بدليل ما بعد الخلط : حيث يكون التالف من ضمانهما ، مع أن الشريك أمين . وإنما تظهر فائدة القول بأمانة الشريك في أنه لا يضمن ما زاد على حصته من رأس المال .

٢- أما القياس على المضاربة فيجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن المال في المضاربة من طرف واحد : وهو رب المال ، فيكون ضمانه من صاحبه وحده . وهذا بخلاف الشركة ؛ لأن المال فيها من الشريكين ، فيكون ضمانه منهما .

---

[١] ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، ج٣ ، ص٤٢ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٥ ، ص٧ .
[٢] الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٦ ، ص٣٤٠ ـ ص٣٤١ . العدوي ، حاشية العدوي على الخرشي ، ج٦ ، ص٣٤١ ، ص٣٤٢ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٥ ، ص٦ .
[٣] النووي ، روضة الطالبين ، ج٣ ، ص٥١١ . ابن الملقن ، عجالة المحتاج ، ج٢ ، ص٨٢٩ . ابن المقري ، روض الطالب ، ج٥ ، ص٦ .
[٤] ابن حزم ، المحلى ، ج٦ ، ص٤١٥ .

مما تقدم ، وبعد استعراض أقوال الفقهاء ، وأدلتهم ، والمناقشة فإنني أختار القول الأول القاضي بأن ما يتلف من مال الشركة قبل الخلط يكون من ضمان الشريكين ؛ لما ذكره أصحاب هذا القول من أدلة ، وتفريعاً على القول بأن الخلط ليس شرطاً لصحة الشركة ، ولا لضمان مالها ، بل تصح ، ويكون مالها من ضمان الشريكين بمجرد العقد .

أما بخصوص القول بانفساخ الشركة بتلف مالها قبل الخلط ، فإن الذي يظهر أن الشركة تنفسخ إذا تلف مالها كله ؛ للتوجيه الذي ذكره الحنفية في هذا المقام . أما إن كان التالف بعض المال فإن الشركة تكون في الباقي ؛ قياساً على ما بعد الخلط . وما اشتري بغير المال التالف فإنه يكون بين الشريكين شركة عقد ، سواء أكان الشراء قبل التلف ، أم بعده ؛ لأن شركة العقد لم تنفسخ في المال الباقي . ولا يملك المشتري الرجوع على شريكه بثمن حصته ؛ لأنه لا يكون مشترياً بماله وحده ، بل بمال مملوك لهما ؛ نزولاً على مقتضى عقد الشركة .

موقف القانون المدني الأردني

نص القانون المدني الأردني في المادة (٦٠١) على ما يلي : "تنتهي الشركة بأحد الأمور التالية: .... ٢- هلاك جميع رأس المال ، أو رأسمال أحد الشركاء قبل تسليمه".

المبحث الخامس : أثر فوات محل عقد المضاربة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أثر فوات مال المضاربة قبل التصرف

المطلب الثاني : أثر فوات مال المضاربة بعد التصرف

تعريف المضاربة

المضاربة لغة : مأخوذة من الضرب في الأرض : وهو السير فيها ؛ طلباً للرزق[١] .

واصطلاحاً : "أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه ، على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه"[٢] .

محل عقد المضاربة : مال المضاربة . ولمعرفة أثر فواته نقول : فوات مال المضاربة إما أن يكون قبل التصرف ، أو بعده . وفي كل منهما إما أن يفوت كله ، أو بعضه . وبيان ذلك في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : أثر فوات مال المضاربة قبل التصرف

الفرع الأول : أثر الفوات الكلي لمال المضاربة قبل التصرف

اتفق الفقهاء[٣] على أنه إذا تلف كل مال المضاربة في يد المضارب قبل التصرف فيه فإن المضاربة تنفسخ .

وجه هذا الاتفاق :

١- إن مال المضاربة يتعين بالقبض ، فيبطل العقد بهلاكه ؛ كالوديعة[٤] .

٢- ولفوات محل عقد المضاربة[٥] .

واختلفوا إذا اشترى المضارب بعد ذلك سلعة في ذمته للمضاربة على قولين :

القول الأول : الشراء موقوف على إجازة رب المال : فإن أجازه فالشراء له ، وعليه الثمن ، ويكون ذلك مضاربة . وإن لم يجزه فالشراء لازم للمضارب ، وعليه الثمن . وهو الصحيح من

---

(١) الجوهري ، الصحاح ، ج١ ، ص١٥٠ ، مادة (ضرب) . ابن منظور ، لسان العرب ، ج١ ، ص٥٤٤ ، مادة (ضرب) .

(٢) ابن قدامة ، المغني ، ج5 ، ص١٧ .

(٣) السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج٣ ، ص٣١ . نظام وجماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية ، ج٤ ، ص٣٤٧ . الآبي ، جواهر الإكليل ، ج٢ ، ص٢٦٢ . الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٧ ، ص١٧٢ . البغوي ، التهذيب ، ج٤ ، ص٣٩٣ . الرافعي ، العزيز ، ج٦ ، ص٣٨ . الكلوذاني ، الهداية ، ص١٧٦ . السامري ، المستوعب ، ج٢ ، ص٣١٠ .

(٤) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص١٧٦ .

(٥) السرخسي ، المبسوط ، ج٢٢ ، ص١٥٥ . ابن قدامة ، المغني ، ج5 ، ص٤٢ .

مذهب الحنابلة[١] .

وجه هذا القول :

ـ أما كون السلعة لرب المال ، وإلزامه بالثمن إذا أجاز الشراء ؛ فلأن "من اشترى شيئاً لغيره بغير إذنه وقف على إجازته : فإن أجازه فهو له ، وإلا فهو للمشتري ، وهذا كذلك"[٢] .

ـ أما كون السلعة للمضارب ، وإلزامه بالثمن إذا لم يجز رب المال الشراء فلما يلي :

١- لأن المضارب اشتراها في ذمته ، وليست من المضاربة ؛ لأنها قد انفسخت بالتلف ، فتكون السلعة له ، ولو كانت للمضاربة لكان مستديناً على غيره ، والاستدانة على الغير بغير إذنه لا تجوز[٣] .

٢- ولأن"المضاربة انفسخت بالتلف ، فالشراء بعده شراء غير مستند إلى إذن . فعلى هذا يكون ثمنها عليه ؛ لأن الثمن على من له الملك "[٤] .

القول الثاني : الشراء لازم للمضارب مطلقاً ، وعليه الثمن . وهو مذهب الشافعية[٥] ، والحنابلة في رواية[٦] .

وجه هذا القول : "لأن هذا زيادة في مال المضاربة ، فلا تجوز"[٧] .

والصواب ما ذهب إليه أصحاب القول الأول ؛ لما ذكروه . وهذا القول من شأنه تحقيق مصلحة رب المال بما لا يلحق في الوقت نفسه ضرراً به ؛ لأنه إن رأى المصلحة في الشراء أجازه ، وإلا رده فلم ينفذ عليه .

أما الدليل الذي ذكره أصحاب القول الثاني فإن من الممكن الاستدلال به إذا لم يجز رب المال الشراء ؛ لأن الشراء بأكثر من مال المضاربة لا ينفذ على رب المال بدون إذنه . أما حين

---

(١) ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص٤٢ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٥ ، ص٤٠٢ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص٢٦٥ .

(٢) شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير ، ج٥ ، ص١٦٩ .

(٣) شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير ، ج٥ ، ص١٦٩ . البهوتي ، كشاف القناع ، ج٣ ، ص٦٠٦ .

(٤) التنوخي ، الممتع ، ج٣ ، ص٤٠٦ .

(٥) الرافعي ، العزيز ، ج٦ ، ص٣٩ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٤٣١ .

(٦) الكلوذاني ، الهداية ، ص١٧٦ . ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص٤٢ .

(٧) شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير ، ج٥ ، ص١٦٩ . وانظر : ابن مفلح ، المبدع ، ج٤ ، ص٣٧٩ .

يجيزه رب المال فلا وجه للاستدلال به ؛ إذ ليس ثمة ما يمنع من نفاذ الشراء عليه ، سيما وأن الشراء كان للمضاربة لا للمضارب .

الفرع الثاني : أثر الفوات الجزئي لمال المضاربة قبل التصرف

أقوال الفقهاء وأدلتهم

اختلف الفقهاء إذا تلف بعض مال المضاربة في يد المضارب قبل التصرف فيه على قولين :

القول الأول : لا تنفسخ المضاربة في الجزء التالف ، ويعتبر رأس المال جميع ما دفعه رب المال ، ويجبر ما تلف بربح المال الباقي بعد تصرف العامل فيه ، فيستوفي رب المال رأس ماله كاملاً ، ثم ما زاد على ذلك فهو بينهما على ما شرطا . فلو دفع رب المال إلى المضارب ألفين ، فتلف أحد الألفين قبل التصرف ، فرأس المال ألفان ، ويجبر ما تلف بربح الألف الباقي ، ويستوفي رب المال الألفين كاملين ، ثم ما زاد على ذلك فهو بينهما على ما شرطا . وهو مذهب الحنفية[١] ، والمالكية[٢] ، والشافعية في وجه[٣] .

وجه هذا القول :

١- القياس على ما تلف بعد التصرف[٤] : حيث يجبر بربح المال الباقي فكذلك هنا .

٢- ولأن المال بقبض المضارب صار مال مضاربة ، فيجبر ما تلف منه بربح الباقي[٥] .

القول الثاني : تنفسخ المضاربة في الجزء التالف ، ورأس المال الباقي فقط ، ولا يجبر ما تلف بربح المال الباقي ، بل يتلف من رأس المال . فلو دفع رب المال إلى المضارب ألفين ، فتلف أحد الألفين قبل التصرف ، فرأس المال الألف الباقي ، ولا يجبر ما تلف بربحه . وهو قول

---

[١] السرخسي ، المبسوط ، ج٢٢ ، ص٤٦ ، ص٦٠ .

[٢] مالك ، المدونة الكبرى ، ج٣ ، ص٦٣٩ – ص٦٤٠ . ابن الحاجب ، جامع الأمهات ، ص٤٢٥ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢٦٨ .

[٣] البغوي ، التهذيب ، ج٤ ، ص٣٩٤ . الحصني ، كفاية الأخيار ، ج١ ، ص٢٩٠ . الرملي ، نهاية المحتاج ، ج٥ ، ص٢٣٨ .

[٤] البغوي ، التهذيب ، ج٤ ، ص٣٩٤ .

[٥] ابن الملقن ، عجالة المحتاج ، ج٢ ، ص٩١٨ . الحصني ، كفاية الأخيار ، ج١ ، ص٢٩٠ .

ابن حبيب من المالكية[١] ، والشافعية في الأصح[٢] ، والحنابلة[٣] .

وجه هذا القول :

١- لأنه تلف قبل التصرف فيه ، فكان رأس المال الباقي فقط ؛ كما لو تلف قبل القبض[٤] .

٢- و "لأن العقد لم يتأكد بالعمل"[٥] ، فإذا تلف شيء من مال المضاربة قبل التصرف كان تالفاً قبل تأكد العقد ، فلا يجبر بالربح .

٣- و "لأن التصرف بالعمل لم يصادف إلا الباقي ، فكان هو رأس المال"[٦] .

المناقشة والقول المختار

يمكن مناقشة ما استدل به أصحاب القول الثاني على النحو التالي :

١- أما القياس على ما تلف قبل القبض فيجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن المال قبل قبضه لم يتعين مالاً للمضاربة ، ولم يتمكن المضارب من التصرف فيه ، فلم يمكن جعل رأس المال إلا الباقي بعد التلف . وهذا بخلاف ما تلف بعد قبضه ؛ لأنه تلف بعد أن تعين مالاً للمضاربة ، وأمكن المضارب التصرف فيه ، فكان رأس المال جميع ما دفعه رب المال .

٢- أما قولهم : ولأن العقد لم يتأكد بالعمل فيجاب عنه : بأن العقد تأكد بقبض المضارب للمال ، فيجبر ما تلف منه بربح الباقي .

٣- أما قولهم : ولأن التصرف بالعمل لم يصادف إلا الباقي ، فكان هو رأس المال – فيجاب عنه : نسلم أن التصرف بالعمل لم يصادف حقيقة إلا الباقي ، إلا أن المضارب أمكنه التصرف بالعمل في جميع المال قبل تلف بعضه ، فأقيم ذلك مقام التصرف بالعمل حقيقة ؛ نظراً إلى قبض المضارب للمال ، ونفوذ يده فيه دون حائل .

---

[١] ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ، ج٢ ، ص١٩٤ .

[٢] الشيرازي ، التنبيه ، ج١ ، ص٤٧١ . النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٤٣٠ . ابن المقري ، روض الطالب ، ج٥ ، ص٣٤٣ .

[٣] السامري ، المستوعب ، ج٢ ، ص٣١٠ . ابن قندس ، حاشية ابن قندس ، ج٧ ، ص٩٥ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص٢٦٥ .

[٤] السيوطي ، شرح التنبيه ، ج١ ، ص٤٧١ . ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص٣٨ .

[٥] الأنصاري ، فتح الوهاب ، ج١ ، ص٤١٥ . الرملي ، غاية البيان ، ص٣٢٦ .

[٦] البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٢٢٣ . الرحيباني ، مطالب أولي النهى ، ج٣ ، ص٥٣٢ .

مما تقدم ، وبعد استعراض أقوال الفقهاء ، وأدلتهم ، والمناقشة فإنني أختـار مـا ذهـب إليـه أصحاب القول الأول ؛ لما ذكروه . ويتأيد ذلك بأن المعهود أن قسمة الربح إنمـا تكـون بعـد استيفاء رب المال رأس ماله كاملاً ، فالقول : إن رأس المال الباقي بعد التلف فقط يتنافى وذلك المعهود . كما أن هذا القول لا يخلو من إجحاف برب المال ، ولا سيما وأنه دفـع المـال إلـى المضارب ، ولم يحل دون التصرف فيه .

المطلب الثاني : أثر فوات مال المضاربة بعد التصرف

الفرع الأول : أثر الفوات الكلي لمال المضاربة بعد التصرف

إذا تلف كل مال المضاربة بعد التصرف فيه فإن المضاربة تنفسخ[١] .

وجه ذلك : أن مال المضاربة قد زال كله ، فتنفسخ المضاربة[٢] .

واختلف الفقهاء إذا تلف كل مال المضاربة بعد الشراء به ، وقبل دفعه للبائع على النحو التالي :

يرى **الحنفية**[٣] أن الشراء لا يبطل ، وتكون السلعة على المضاربة ، ويرجع المضارب علـى رب المال بمثل المال التالف ، فإذا دفع إليه رب المال ثانياً ، ثم تلف قبل دفعه للبـائع أيـضاً ، رجع عليه أيضاً ، وهكذا يرجع عليه كلما تلف إلى ما لا نهاية حتى يصل الثمن إلـى البـائع ، ويكون رأس المال جميع ما دفعه رب المال ، فيستوفيه جميعاً ، ثم ما زاد على ذلك فهو بينهمـا على ما شرطا .

وجه ذلك :

ـ أما كون المضارب يرجع على رب المال إذا تلف المال أولاً فلما يلي :

١- "لأن المضارب متصرف لرب المال ، فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه له ؛ كالوكيل"[٤] .

---

[١] الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٧ ، ص١٧٢ . البغوي ، التهذيب ، ج٤ ، ص٣٩٣ . الرافعـي ، العزيـز ، ج٦ ، ص٣٨ . ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص٤٢ .

[٢] ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص٤٢ .

[٣] السرخسي ، المبسوط ، ج٢٢ ، ص٧١ ، ص١٥٥ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص١٧٦ . الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٥ ، ص٥٥٨ . التمرتاشي ، تنوير الأبصار ، ج٨ ، ص٥٢٢ .

[٤] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص١٧٦ . وانظر : السرخسي ، المبسوط ، ج٢٢ ، ص٧١ .

٢- ولأن "المضارب أجير بجزء من الربح ، فيرجع ؛ كما يرجع الأجير"[١] .

ـ أما كون المضارب يرجع على رب المال في كل مرة يتلف فيها المال حتى يصل الثمن إلى البائع فلما يلي :

١- إن المضاربة لا تنتهي بالشراء ؛ لأن المقصود منها الربح ، وهذا لا يحصل إلا بالبيع ، والشراء مرة بعد أخرى ، فإذا كان عقد المضاربة باقياً كان للمضارب أن يرجع عليه ثانياً ، وثالثاً ... حتى يصل الثمن إلى البائع[٢] .

٢- ولأنه ليس في رجوع المضارب على رب المال في كل مرة يتلف فيها المال تضييع لحق رب المال ؛ لأن جميع ما يدفعه يعتبر من رأس المال ، ويستوفيه كاملاً ، ولو لم يرجع عليه لتضرر المضارب ، فيرجع ؛ دفعاً للضرر[٣] .

٣- ولأن كل ما يقبضه المضارب يعتبر أمانة في يده ، فكلما تلف رجع عليه[٤] .

ـ أما كون رأس المال جميع ما يدفعه رب المال فلما يلي :

١- إن المقصود من المضاربة هو الربح ، فلو لم يكن رأس المال جميع ما يدفعه رب المال لتضرر بذلك رب المال ؛ لأنه يخسر ، ويربح المضارب ، وهذا لا يجوز[٥] .

٢- ولأن رب المال إنما غرم بسبب المضاربة ، فيعتبر جميع ما دفعه رأس مال المضاربة[٦] .

وذهب **المالكية**[٧] إلى أن رب المال لا يلزمه الخلف (أن يدفع مالاً بدلاً من المال التالف) : فله أن يخلف ، وله أن لا يخلف . كما أن المضارب لا يلزمه قبول الخلف : فإذا لم يخلف رب المال ما تلف ، أو أخلف ، وأبى المضارب قبوله ، فإن السلعة تلزم المضارب ، وعليه أداء ثمنها للبائع ، فإن لم يكن له مال بيعت عليه ، ويكون له ربحها ، وعليه خسارتها . أما إذا أخلف

---

[١] الجصاص ، مختصر اختلاف العلماء ، ج٤ ، ص٦٣ .

[٢] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص١٧٦ . الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٥ ، ص٥٥٩ .

[٣] الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٥ ، ص٥٥٩ . البابرتي ، العناية ، ج٨ ، ص٥٠٣ .

[٤] المرغيناني ، الهداية ، ج٣ ، ص٢٣٨ . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٨ ، ص٥٢٢ .

[٥] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص١٧٦ .

[٦] السرخسي ، المبسوط ، ج٢٢ ، ص٧١ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص١٧٦ .

[٧] مالك ، المدونة الكبرى ، ج٣ ، ص٦٤٠ – ص٦٤١ . ابن عبد البر ، الاستذكار ، ج٧ ، ص٤٩٧ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢٦٨ . الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٧ ، ص١٧٢ .

رب المال ما تلف ، وقبله المضارب ، فإن ذلك يعد مضاربة جديدة ، فلا يجبر ما تلف في المضاربة الأولى بربح المضاربة الثانية ، ورأس المال هو المال الآخر الذي دفعه رب المال فقط دون التالف ، وتكون السلعة على ما شرطا في المضاربة الأولى .

وجه ذلك :

١- أما كون رب المال غير ملزم بالخلف ؛ فلأنه لم يلتزم غير ما دفعه من رأس المال ، فإذا تلف ما دفعه لم يلزمه غيره[١] .

٢- أما كون المضارب غير ملزم بقبول الخلف ؛ فلانفساخ المضاربة ، وانقطاع المعاملة بينهما[٢] .

٣- أما إلزام المضارب بالسلعة إذا لم يخلف رب المال ما تلف ، أو أخلفه ، وأبى المضارب قبوله ؛ فلأنه المباشر للشراء[٣] .

وفرق **الشافعية**[٤] بين أن يكون الشراء بعين مال المضاربة ، أو في ذمة المضارب : فإذا كان الشراء بعين مال المضاربة انفسخ البيع ، وانفسخت المضاربة .

وجه ذلك : أن الشراء كان بعين مال المضاربة ، وقد تلف ، وتلف الثمن المعين قبل القبض موجب لبطلان البيع ، فعليه تبطل المضاربة[٥] .

أما إذا كان الشراء في ذمة المضارب ففي الشراء وجهان :

الوجه الأول : الشراء لرب المال ، ولو كان مال المضاربة ألفاً ، وتلف ، لزم رب المال ألف آخر .

وجهه : أن المضارب اشترى لرب المال ، فكان الثمن عليه ؛ كما لو اشترى الوكيل في الذمة ، ثم تلف الثمن في يده قبل دفعه : حيث يجب على الموكل الثمن فكذلك هنا[٦] .

---

[١] القرافي ، الذخيرة ، ج٦ ، ص٦٥ .

[٢] الآبي ، جواهر الإكليل ، ج٢ ، ص٢٦٢ .

[٣] القرافي ، الذخيرة ، ج٦ ، ص٩١ .

[٤] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٧ ، ص٣٣٣ – ص٣٣٤ . البغوي ، التهذيب ، ج٤ ، ص٣٩٤ . الرافعي ، العزيز ، ج٦ ، ص٣٩ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٤٣١ .

[٥] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٧ ، ص٣٣٤ .

[٦] الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص٢٣٢ . البغوي ، التهذيب ، ج٤ ، ص٣٩٤ .

الوجه الآخر : الشراء للمضارب ، وعليه الثمن من ماله ، وتنفسخ المضاربة .

وجهه :

١- "لأن إذن المالك لم يتضمن التصرف على وجه يلزمه غير ما دفع إليه ، ولا سبيل إلى إبطال العقد (عقد الشراء) ؛ لصحته ، فانقلب إلى العامل"[١] .

٢- ولأنه لم يبق من مال المضاربة شيء حتى يصرف إليه الشراء ، فيصرف إلى المضارب[٢].

٣- و "لأنه تلف رأس المال بعينه"[٣] ، فتنفسخ المضاربة .

وقد اختلف فقهاء الشافعية في الراجح من هذين الوجهين : فرجح بعضهم الوجه الأول . في حين صحح النووي في تصحيح التنبيه الوجه الآخر[٤] .

وعلى الوجه الأول إذا كان مال المضاربة ألفاً ، ثم تلف ، ودفع رب المال ألفاً آخر ، فكم يكون رأس المال ؟ للشافعية في ذلك وجهان :

الوجه الأول : رأس المال ألفان ، وهو "الراجح"[٥] .

وجهه : أن رب المال دفع ألفين ، فيكون رأس المال ألفين[٦] .

الوجه الآخر : رأس المال ألف فقط .

وجهه : "لأن العقد وقع على ألف"[٧] ، فيكون هو رأس المال .

ونص **الحنابلة**[٨] على أن المضاربة لا تنفسخ ، ويكون الشراء لها ، وعلى رب المال الثمن ، ورأس المال هو الثمن دون التالف ، وللبائع مطالبة كل من رب المال ، والمضارب بالثمن ،

---

[١] السيوطي ، شرح التنبيه ، ج١ ، ص٤٧١ .

[٢] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٧ ، ص٣٣٤ .

[٣] الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص٢٣٢ .

[٤] الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٥ ، ص٣٤٥ .

[٥] الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٥ ، ص٣٤٥ .

[٦] البغوي ، التهذيب ، ج٤ ، ص٣٩٤ .

[٧] المصدر نفسه ، ج٤ ، ص٣٩٤ .

[٨] ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص٤٢ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص٢٦٥ . الرحيباني ، مطالب أولي النهى ، ج٣ ، ص٥٣٢ – ص٥٣٣ .

فإذا دفعه رب المال لم يرجع به على أحد ، وإذا دفعه المضارب رجع به علـى رب المـال إذا دفعه بنية الرجوع عليه .

وجه ذلك :

١- أما عدم انفساخ المضاربة ؛ "فلأن الموجب لفسخ المضاربة التلف ، ولم يوجد حين الشراء ، ولا قبله"[١] .

٢- أما إلزام رب المال بالثمن فلما يلي :

أ- "لأن حقوق العقد متعلقة به ؛ كالموكل"[٢] .

ب- ولأن الشراء صادف المضاربة وهي باقية بحالها ، وهذا يوجب وقوع الشراء له ، فيكـون الثمن عليه[٣] .

٣- أما كون رأس المال الثمن دون التالف ؛ فلأن "التالف تلف قبل التصرف فيه ، فلم يكن مـن رأس المال ؛ كما لو تلف قبل الشراء"[٤] ، وكما لو تلف قبل القبض[٥] .

٤- أما كون البائع يملك مطالبة رب المال بالثمن ؛ فلأن حقوق العقد متعلقة به[٦] .

٥- أما كون البائع يملك مطالبة المضارب بالثمن ؛ فلأنه المباشر للشراء[٧] .

٦- أما كون رب المال لا يملك الرجوع على أحد إذا دفع الثمن ؛ فلأن "حقوق العقد متعلقة به"[٨] .

٧- أما كون المضارب يملك الرجوع على رب المال إذا دفع الثمن بنية الرجوع عليه ؛ فـلأن الثمن لازم لرب المال[٩] .

---

(١) التنوخي ، الممتع ، ج٣ ، ص٤٠٦ . وانظر : ابن قائد ، حاشية المنتهى ، ج٣ ، ص٣١ .

(٢) البهوتي ، كشاف القناع ، ج٣ ، ص٦٠٦ . الرحيباني ، مطالب أولي النهى ، ج٣ ، ص٥٣٢ .

(٣) التنوخي ، الممتع ، ج٣ ، ص٤٠٦ . ابن مفلح ، المبدع ، ج٤ ، ص٣٧٩ .

(٤) ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص٤٢ . شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير ، ج٥ ، ص١٦٩ .

(٥) ابن مفلح ، المبدع ، ج٤ ، ص٣٧٩ . البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٢٢٣ .

(٦) البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٢٢٣ .

(٧) البهوتي ، إرشاد أولي النهى ، ج٢ ، ص٨٠٤ . الرحيباني ، مطالب أولي النهى ، ج٣ ، ص٥٣٣ .

(٨) البهوتي ، كشاف القناع ، ج٣ ، ص٦٠٧ . وانظر : الرحيباني ، مطالب أولي النهى ، ج٣ ، ص٥٣٣ .

(٩) البهوتي ، إرشاد أولي النهى ، ج٢ ، ص٨٠٤ . الرحيباني ، مطالب أولي النهى ، ج٣ ، ص٥٣٣ .

والذي يظهر هو صحة ما ذهب إليه الحنفية ؛ لما ذكروه . ويتأيد ذلك بأن هذا القول أدعى إلى تحقيق مصلحة كل من رب المال ، والمضارب : ذلك أن جميع ما يدفعه رب المال يعتبر من رأس المال ، فلا يضيع عليه ماله . والمضارب يملك الرجوع على رب المال في كل مرة يتلف فيها المال ، ولا يكون ملزماً بالسلعة ، ودفع ثمنها من ماله . والقول بعدم إلزام رب المال بالثمن إذا تلف مال المضاربة ، وإلزام المضارب بالسلعة – ليس متجهاً ؛ لأن شراء المضارب كان نتيجة لإذن رب المال في التصرف ، وكان المقصود منه إيقاع الشراء للمضاربة لا للمضارب ، كما أن تلف المال لم يكن بتعد ، أو تفريط من المضارب . والقول بعدم احتساب التالف من رأس المال لا يخلو من إضرار برب المال ، وإجحاف به ، وهذا مما لا يجوز المصير إليه بحال.

ويمكن مناقشة ما ذهب إليه بقية الفقهاء على النحو التالي :

ـ أما الأدلة التي استدل بها المالكية فتناقش بما يلي :

١- أما ما استدلوا به على عدم إلزام رب المال بالخلف فيجاب عنه : نسلم أن رب المال لم يلتزم ابتداء بغير ما دفعه من رأس المال ، إلا أنه هو الذي دفع بالمضارب إلى هذا الشراء ، فيكون ملزماً بالخلف[١] .

٢- أما ما استدلوا به على عدم إلزام المضارب بقبول الخلف فغير مسلم ، بل المضاربة باقية بحالها ، ولا تنفسخ بتلف المال .

٣- أما ما استدلوا به على إلزام المضارب بالسلعة فيجاب عنه : نسلم أن المضارب هو المباشر للشراء ، إلا أن مجرد ذلك لا يكفي للقول بوقوع الشراء له ؛ بدليل الوكيل : فإنه يباشر الشراء، ثم يكون الشراء للموكل . كما أن المضارب اشترى السلعة لرب المال بماله على المضاربة ، والذي دفع به إلى هذا الشراء هو رب المال ، ولم يحدث من المضارب ما يوجب عليه أداء الثمن من ماله – فكيف تكون السلعة له ؟![٢]

---

[١] القرافي ، الذخيرة ، ج٦ ، ص٦٥ .

[٢] الشيباني ، الحجة ، ج٣ ، ص٤٢ .

ـ أما ما ذهب إليه الشافعية في وجه من أن الشراء إذا كان في الذمة فإنه يكون لرب المـال ، وأن رأس المال هو جميع ما دفعه رب المال – فمسلم ، ولا اعتراض على ما ساقوه من أدلـة لذلك .

أما بقية الأدلة التي استدلوا بها فتناقش بما يلي :

١- أما ما استدلوا به على أن الشراء إذا كان بعين مال المضاربة فإن البيع ينفـسخ ، وتنفـسخ المضاربة – فيجاب عنه : بأنه غير مسلم ؛ لأن تلف الثمن المعين قبل القبض لا يوجب بطلان البيع على المختار من أقوال الفقهاء ، كما سبق بيان ذلك في بحث أثر فوات الثمن في عقد البيع[1] .

٢- أما الأدلة التي استدلوا بها على ما ذهبوا إليه في وجه من أن الشراء إذا كان في الذمة فإنه يكون للمضارب ، وتنفسخ المضاربة فتناقش بما يلي :

أ- قولهم : لأن إذن المالك لم يتضمن التصرف على وجه يلزمه غير ما دفع إليه ... – يجـاب عنه : إن تصرف المضارب لم يكن ابتداء على وجه يلزم رب المال غير ما دفع ؛ لأنه اشترى بمقدار مال المضاربة ، ثم تلف هذا المال بأمر ليس للمضارب يد فيه ، فيلزم رب المال الثمن ؛ لأن المضارب تصرف على الوجه المأذون فيه . وإنما يكون المضارب متصرفاً علـى وجـه يلزمه غير ما دفع لو اشترى – مثلاً – بأكثر من مال المضاربة ، فإن من السائغ حينئذ ألا يلزم به رب المال .

ب- قولهم : لأنه لم يبق من مال المضاربة شيء حتى يصرف إليه الشراء ... – يجاب عنـه : إن رب المال ملزم بالبدل ، فأمكن صرف الشراء إليه .

ج- قولهم : لأنه تلف رأس المال بعينه يجاب عنه : إن تلـف رأس المـال يوجـب انفـساخ المضاربة إذا وقع قبل الشراء ، أو حينه – كما يستفاد من دليل الحنابلـة فـي عـدم انفـساخ المضاربة - ، وقد وقع التلف هنا بعد الشراء ، وقبل الدفع ، فلا يكون موجباً انفساخ المضاربة. كما أن رب المال ملزم بالبدل ، فلم يكن رأس المال تالفاً إلى غير بدل حتـى يقـال بانفـساخ المضاربة .

---

[1] راجع : ص٩٦ .

٣- أما الدليل الذي استدلوا به على ما ذهبوا إليه في وجه من أن مال المضاربة إذا كان ألفاً ، ثم تلف ، ودفع رب المال ألفاً آخر ، فإن رأس المال ألف فقط – فيجاب عنه : نسلم أن عقد الشراء وقع على ألف ، إلا أن تصرف المضارب صادف التالف أيضاً ؛ لأنه اشترى به ، ثم تلف ، فيكون من رأس المال .

ـ أما مذهب الحنابلة فإننا نوافقهم على جميع ما أوردوه إلا قولهم : إن رأس المال هو الثمن دون التالف . ويجاب عن دليلهم في هذا بما يلي :

أ- قولهم : إن التالف تلف قبل التصرف فيه غير مسلم ، بل هو تالف بعد التصرف ؛ لأن المضارب اشترى به ، ثم تلف .

ب- أما القياس على تلف رأس المال قبل الشراء ، وعلى تلفه قبل القبض – فيجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن رأس المال إذا تلف كله قبل الشراء ، أو قبل القبض ، انفسخت المضاربة ، فلا يمكن اعتباره رأساً لمال المضاربة . وهذا بخلاف ما إذا تلف بعد الشراء ، وقبل الدفع ؛ لأن المضاربة لا تنفسخ ، فأمكن اعتباره من رأس المال .

الفرع الثاني : أثر الفوات الجزئي لمال المضاربة بعد التصرف

اتفق الفقهاء[1] على أنه إذا تلف بعض مال المضاربة بعد التصرف فيه فإن المضاربة لا تنفسخ في الجزء التالف ، ويعتبر رأس المال جميع ما دفعه رب المال ، ويجبر ما تلف بربح المال الباقي ، فيستوفي رب المال رأس ماله كاملاً ، ثم ما زاد على ذلك فهو بينهما على ما شرطا ، فإن زاد التالف على الربح لم يضمنه المضارب . وكذلك الحكم لو تعيب بعض المال ، أو خسر، أو رخص .

---

[1] المرغيناني ، بداية المبتدي ، ج٣ ، ص٢٣٣ – ص٢٣٤ . التمرتاشي ، تنوير الأبصار ، ج٨ ، ص٥١٤ – ص٥١٥ . ابن الحاجب ، جامع الأمهات ، ص ٤٢٥ . الدردير ، الشرح الكبير ، ج٥ ، ص٢٩٩ . الشيرازي ، التنبيه ، ج١ ، ص٤٧١ . النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٤٣٠ . الكلوذاني ، الهداية ، ص١٧٦ . ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص٣٨ ، ص٤٢ . ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج٣ ، ص٣٠ – ص٣١ .ابن حزم ، المحلى ، ج٧ ، ص٩٨ .

وجه هذا الاتفاق :

١- إن مقتضى العرف جبر الخسران بالربح ، فيحمل مطلق العقد عليه[١] .

٢- و "لأن الربح وقاية لرأس المال ، فإذا حصل خال جبر بتلك الوقاية"[٢] .

٣- ولأن رأس المال أصل ، والربح تابع ، ولا عبرة بالتابع قبل حصول الأصل[٣] .

٤- ولأن المضارب تصرف في مال المضاربة ، فلا يستحق شيئاً من الربح حتى يرد إلى رب المال مثل ما تصرف فيه[٤] .

٥- و "لأنها مضاربة واحدة ، فلا شيء للعامل إلا بعد كمال رأس المال"[٥] .

٦- أما عدم تضمين المضارب إذا زاد التالف على الربح ؛ فلأن "المضارب أمين ، فلا ضمان عليه"[٦] .

موقف القانون المدني الأردني

أخذ القانون المدني الأردني بما اتفق عليه الفقهاء ، فنص في المادة (٦٢٨) على ما يلي :

"١- يتحمل رب المال الخسارة وحده ، ولا يعتبر أي شرط مخالف .

٢- وإذا تلف شيء من مال المضاربة حسب من الربح ، فإن جاوزه حسب الباقي من رأس المال ، ولا يضمنه المضارب" .

---

[١] البصير ، النهاية ، ص١٩٨ . الرملي ، غاية البيان ، ص٣٢٦ .

[٢] البصير ، النهاية ، ص١٩٨ . وانظر : البيجوري ، حاشية البيجوري ، ج٢ ، ص٤٢ .

[٣] البابرتي ، العناية ، ج٨ ، ص٤٩٤ .

[٤] الحصني ، كفاية الأخيار ، ج١ ، ص٢٩٠ . الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٥ ، ص٣٤٣ .

[٥] البهوتي ، كشاف القناع ، ج٣ ، ص٦٠٦ .

[٦] ابن مودود ، الاختيار ، ج٣ ، ص٢٤ . وانظر : داماد أفندي ، مجمع الأنهر ، ج٣ ، ص٤٥٨ .

المبحث السادس : أثر فوات محل عقد الوصية

وفيه المطالب التالية :

المطلب الأول : أثر فوات الموصى به إذا كان عيناً معينة

المطلب الثاني : أثر فوات الموصى به إذا كان عدداً من نوع معين

المطلب الثالث : أثر فوات الموصى به إذا كان سهماً شائعاً في جميع مال الموصي

المطلب الرابع : أثر فوات الموصى به إذا كان سهماً شائعاً في نوع معين

المطلب الخامس : أثر فوات الموصى به إذا كان سهماً شائعاً في عين معينة

تعريف الوصية

الوصية لغة : "أصل يدل على وصل شيء بشيء ، ووصيتُ الشيء : وصلته ... والوصِية من هذا القياس: كأنه كلام يوصى : أي يوصل"[١] .

واصطلاحاً : "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع ، عيناً كان أو منفعة"[٢] .

محل عقد الوصية : الموصى به . ويختلف أثر فواته بحسب ما إذا كان الموصى بـه : عينـاً معينة ، أو عدداً من نوع معين ، أو سهماً شائعاً في جميع مال الموصي ، أو سهماً شائعاً فـي نوع معين ، أو سهماً شائعاً في عين معينة . وبيان ذلك في المطالب التالية :

المطلب الأول : أثر فوات الموصى به إذا كان عيناً معينة

اتفق الفقهاء[٣] على أن الموصى به إذا كان عيناً معينة : كما لو أوصى بهذه الشاة ، ثم تلفـت ، فإن الوصية تبطل ، ولا شيء للموصى له . وقد نقل ابن المنذر الإجماع على ذلك[٤] .

وجه هذا الاتفاق : أن الموصى له إنما يستحق بالوصية لا غير ، وقد تعلقت الوصية بمعـين ، فإذا ذهب ذهبت الوصية ، وزال حقه ؛ كما لو تلف في يده . والتركة فـي يـد الورثـة غيـر مضمونة عليهم ؛ لأنها حصلت في أيديهم بغير فعلهم ، ولم يوجد منهم تفريط ، فلم يضمنوا[٥] .

وإذا كان التلف جزئياً فإن للموصى له ما بقي إذا كان في حدود ثلث التركة[٦] .

ومحل بطلان الوصية إذا كان التلف قبل موت الموصي ، أو بعده ، وقبل القبول[٧] . أما إذا كان التلف بعد القبول فإن التلف يكون حادثاً بعد ملك الموصى له للموصى بـه ، فتكـون الوصـية صحيحة[٨] .

---

[١] ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ص١٠٥٥ ، مادة (وصي) .

[٢] الطوري ، تكملة البحر الرائق ، ج٩ ، ص٢١١ – ص٢١٢ .

[٣] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٨ ، ص٣١٤ . القاضي عبد الوهاب ، التلقين ، ص١٧١ . ابن جزي ، قوانين الأحكام الشرعية ، ص٤٤٠ . الشافعي ، الأم ، ج٥ ، ص٤٦ . الحجاوي ، زاد المستقنع ، ص٥٢ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٣ ، ص٦٩ـ ص٧٠ .

[٤] ابن المنذر ، الإجماع ، ص١٠١ .

[٥] ابن قدامة ، المغني ، ج٦ ، ص١٠٦ . ابن مفلح ، المبدع ، ج٥ ، ص٢٧٩ .

[٦] السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج٣ ، ص٣٤٦ . الشافعي ، الأم ، ج٥ ، ص٤٦ . ابن قدامة ، الكـافي ، ج٢ ، ص٢٨٧ . ابن مفلح ، الفروع ، ج٧ ، ص٤٦٣ .

[٧] الحجاوي ، الإقناع ، ج٣ ، ص٦٩ ـ ص٧٠ . البعلي ، الروض الندي ، ص٣١٢ .

[٨] التنوخي ، الممتع ، ج٤ ، ص٢٤٩ .

المطلب الثاني : أثر فوات الموصى به إذا كان عدداً من نوع معين

إذا كان الموصى به عدداً من نوع معين : كما لو أوصى بشاة واحدة غير معينة من غنمه ، أو بعشر غير معينات من غنمه ، ثم تلف جميع هذا النوع : كما لو تلفت الغنم جميعها – فإن الوصية تبطل ، ولا شيء للموصى له[١] .

وجه ذلك : أن ما تعلقت به الوصية قد فات ، فينبغي أن تبطل[٢] .

أما إذا تلف بعض هذا النوع فقد اختلف الفقهاء على ثلاثة أقوال :

القول الأول : إذا تلف جميع ذلك النوع إلا العدد المسمى فإن الموصى له يستحقه جميعه إذا كان في حدود ثلث التركة . فلو أوصى بشاة من غنمه ، فتلفت جميعها إلا واحدة ، أخذها الموصى له. ولو أوصى بعشر من غنمه ، وهي مائة ، فتلفت جميعها إلا عشراً ، فإن الموصى له يأخذها كاملة . وهذا مذهب الحنفية[٣] ، والشافعية[٤] ، والحنابلة[٥] .

وجه هذا القول :

١- القياس على ما إذا باع صاعاً من صبرة[٦] ، فلم يبق سواه[٧] : فإن المشتري يأخذه فكذلك هنا .

٢- ولأنه لم يبق غير العدد المسمى ، وقد تعذر تسليم غيره ، فتتعين الوصية فيه[٨] .

---

[١] المواق ، التاج والإكليل ، ج٨ ، ص٥٣٦ . الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٨ ، ص٥٣٧ . الغزالي ، الوسيط، ج٤ ، ص٤٤١ . النووي ، منهاج الطالبين ، ج٣ ، ص٧٢ – ص٧٣ . السامري ، المستوعب ، ج٢ ، ص٥٣٥ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٣ ، ص٦٥ .

[٢] الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص٣٥٣ . ابن قدامة ، الكافي ، ج٢ ، ص٢٨٣ .

[٣] الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٧ ، ص٣٩١ . البابرتي ، العناية ، ج١٠ ، ص٤٨١ . الطوري ، تكملة البحر الرائق ، ج٩ ، ص٢٣٢ .

[٤] الشافعي ، الأم ، ج٥ ، ص١٠ . الشيرازي ، التنبيه ، ج٢ ، ص ٥٥١ . النووي ، منهاج الطالبين ، ج٣ ، ص٧٣ .

[٥] الكلوذاني ، الهداية ، ص٢٢١ . الأدمي ، المنور ، ص٣١٠ . ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج٣ ، ص٤٦٦ .

[٦] "الصبرة من الطعام وغيره : هي الكومة المجموعة" . انظر : البعلي ، المطلع ، ص٢٣٨ .

[٧] الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٦ ، ص١١٥ .

[٨] ابن مفلح ، المبدع ، ج٥ ، ص٢٧٠ . البهوتي ، كشاف القناع ، ج٤ ، ص٤٥٠ .

٣- ولأن اسم الموصى به يصدق على الباقي بعد التلف ، فتتعين الوصية فيه[١] .

القول الثاني : التفصيل بين أن يبقى من ذلك النوع يوم تنفيذ الوصية أكثر من العدد المـسمى ، وبين أن لا يبقى منه إلا العدد المسمى : فإذا بقي من ذلك النوع يوم تنفيذ الوصية أكثر من العدد المسمى فإن الموصى له يشارك الورثة بالجزء : أي بنسبة الجزء الموصـى بـه إلـى النـوع الموصى فيه الموجود يوم تنفيذ الوصية إذا كان في حدود ثلث التركة . فلو أوصى بعشر مـن غنمه ، وهي مائة ، فتلف منها خمسون ، وبقي خمسون يوم التنفيذ ، كان شريكاً بالخمس ، وإن بقي ثلاثون كان شريكاً بالثلث وهكذا .

وتجدر الإشارة إلى أن النسبة من : الخمس ، أو الثلث ... إنما تعتبر بالقيمة لا بالعدد ، ويأخذها الموصى له بالقرعة بعد التقويم . ففي المثال المتقدم لو كان الباقي من الغنم بعد التلف ثلاثـين ، كان الموصى له شريكاً بالثلث ، ولإعطائه هذا الثلث تقسم الغنم الباقية ثلاثة أكوام باعتبار القيمة دون الالتفات إلى العدد ، بل قد يقابل الرأس من الغنم بالخمسة مثلاً إن اقتضت القيمـة ذلـك ، ويكتب في ورقة اسم الموصى له ، وفي ورقتين اسم الورثة ، ثم ترمى الأوراق على الأكوام ، ويأخذ الموصى له الكوم الذي تقع عليه ورقته ، سواء أكان العدد الذي فيه مثل العدد المسمى ، أم أكثر ، أم أقل .

أما إذا لم يبق من ذلك النوع يوم التنفيذ إلا العدد المسمى فإن الموصى له يأخذه كاملاً إذا كـان في حدود ثلث التركة ولو كانت قيمته تعادل قيمة جميع ما تلف من ذلك النوع . فلـو أوصـى بعشر من غنمه ، وهي مائة ، فتلفت كلها إلا عشراً ، أخذها كاملة . وهذا مذهب المالكية[٢] .

القول الثالث : إن الموصى له يشارك الورثة بنسبة الجزء الموصى به إلى النوع الموصى فيـه وقت الوصية . فإذا أوصى بشاة من غنمه ، وكانت غنمه وقت الوصية عشراً ، ثم تلف بعضها، فإن للموصى له عشر الباقي مطلقاً . وهو قول ابن الماجشون من المالكية[٣] .

---

[١] ابن الملقن ، عجالة المحتاج ، ج٣ ، ص١٠٩٥ . ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج٣ ، ص٨٦ .

[٢] خليل ، مختصر خليل ، ص٣٤٦ . الحطاب ، مواهب الجليـل ، ج٨ ، ص٥٣٦ – ص٥٣٧ . الـدردير ، الشرح الكبير ، ج٦ ، ص٥١٢ – ص٥١٣ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٦ ، ص٥١٢ – ص٥١٣ .

[٣] البناني ، حاشية البناني ، ج٨ ، ص٣٣٧ .

والذي يظهر أنه لا إشكال في بطلان الوصية إذا تلف جميع النوع الموصى فيه ؛ للتوجيه المذكور في ذلك .

أما إذا تلف بعضه فإن الموصى له يعطى جميع العدد الذي سماه الموصي ، ولا يكون شريكاً بنسبة هذا العدد إلى النوع الموصى فيه ، كما أن هذه النسبة لا تعتبر بالقيمة ، خلافاً لما ذهب إليه أصحاب القولين : الثاني ، والثالث ؛ وذلك لأن العدد من قبيل اللفظ الخاص ، وهو يدل على معناه دلالة قطعية ، فلا يحتمل الزيادة ، أو النقصان . فإذا وقعت الوصية بعدد محدد دل ذلك على أن الموصي إنما أراد تمليك الموصى له هذا العدد المحدد لا غير .

كما أن القول الثاني قد راعى مقدار النوع الموصى فيه يوم تنفيذ الوصية . كما راعى القول الثالث مقداره يوم إنشاء الوصية . وكلاهما غير مسلم ؛ بل الاعتبار في مال الموصي بيوم موته.

المطلب الثالث : أثر فوات الموصى به إذا كان سهماً شائعاً في جميع مال الموصي

اختلف الفقهاء إذا كان الموصى به سهماً شائعاً في جميع مال الموصي : كما لو أوصى بثلث ماله ، فتلف ماله الموجود عند الوصية ، ثم استفاد مالاً آخر على قولين :

القول الأول : لا تبطل الوصية ، بل تتعلق بالمال المستفاد ، فيكون للموصى له ثلثه عند موت الموصي . وهو مذهب الحنفية[1] ، والشافعية في المذهب[2] ، والحنابلة[3] .

وجه هذا القول :

١- إن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت ، ويثبت حكمها بعد الموت ، فيشترط فيها وجود المال عند الموت لا قبله[4] ، وقد وجد المال هنا عند الموت ، فلا يؤثر ذهابه قبل ذلك .

---

[1] السرخسي ، المبسوط ، ج٢٧ ، ص١٦٤ . المرغيناني ، الهداية ، ج٤ ، ص٥٩٠ .

[2] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٨ ، ص١٩٦ . الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص٣٤١ . الرملي ، نهاية المحتاج ، ج٦ ، ص٩٦ .

[3] المرداوي ، التنقيح المشبع ، ص١٩٥ . ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج٣ ، ص٤٤٧ . البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٤٦٢ .

[4] المرغيناني ، الهداية ، ج٤ ، ص٥٩٠ .

٢- و "لأن ثلث المال مطلقاً لا يختص بما عنده من المال حال الوصية ، بل المعتبر ما يملكه عند الموت ، زاد ، أم نقص ، أم تبدل"[١] .

٣- ولأن الوصية كانت بجزء شائع من المال الذي يملكه حين موته ، فلا يؤثر فيها ذهاب المال قبل ذلك[٢] .

القول الثاني : تبطل الوصية . وهو قول عند الشافعية[٣] .

وجه هذا القول : أن العبرة بثلث المال الموجود عند الوصية لا عند الموت ، فإذا ذهب المال الموجود عند الوصية فإنها تبطل[٤] .

ويجاب عن هذا الدليل بأنه غير مسلم ، بل الاعتبار بثلث المال الموجود عند الموت ؛ "لأنه وقت لزوم الوصية ، واستحقاقها . ولأنه لو وصى بثلث ماله ، ثم باع جميعه ، تعلقت الوصية بالثمن، فلو كان الاعتبار بحال الوصية لم تتعلق بالثمن ؛ لأنه لم يكن حال الوصية"[٥] .

من هنا ، فإنني أختار ما ذهب إليه أصحاب القول الأول ؛ لما ذكروه . ويتأيد ذلك بأنه قد أمكن تنفيذ الوصية من المال المستفاد ، فلا حاجة إلى القول ببطلان الوصية ؛ صيانة لكلام العاقل عن الإلغاء ما أمكن . وإبقاء العقد خير من إهداره .

أما إذا تلف المال الموجود عند الوصية ، ثم مات الموصي قبل أن يستفيد مالاً آخر ، فإن الوصية تبطل ؛ لأن وجود الموصى به عند موت الموصي شرط لبقاء الوصية على الصحة إذا كانت بالثلث[٦] .

هذا ، ومقتضى الاعتداد بثلث المال الموجود عند الموت أنه إذا تلف ثلثا المال الموجود عند الوصية ، وبقي ثلثه عند موت الموصي – فإن الموصى له لا يستحق جميع الباقي ، بل ثلثه ؛ لأن الثلث إنما يتعلق بالمال الموجود عند الموت لا الوصية .

---

[١] النووي ، روضة الطالبين ، ج٥ ، ص٢٦٩ . وانظر : الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٣ ، ص٩١ .

[٢] البهوتي ، كشاف القناع ، ج٤ ، ص٤٢٤ . الرحيباني ، مطالب أولي النهى ، ج٤ ، ص٤٦٤ .

[٣] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٨ ، ص١٩٦ . الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص٣٤١ .

[٤] المصدران نفسهما .

[٥] الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص٣٤١ .

[٦] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٨ ، ص٢٥٦ .

المطلب الرابع : أثر فوات الموصى به إذا كان سهماً شائعاً في نوع معين

إذا كان الموصى به سهماً شائعاً في نوع معين : كما لو أوصى بثلث غنمه ، ثم تلف جميع هذا النوع فإن الوصية تبطل ، ولا شيء للموصى له[1] .

أما إذا تلف بعض هذا النوع : كما لو أوصى بثلث غنمه ، فتلف ثلثاها ، وبقي ثلثها ، فقد اختلف الفقهاء على ثلاثة أقوال :

القول الأول : ليس للموصى له إلا ثلث الباقي . وهو مذهب زفر من الحنفية[2] ، والمالكية[3] ، والحنابلة في المذهب[4] .

وجه هذا القول :

١- إن التالف والباقي من النوع الموصى فيه مشترك بين الموصى له بالثلث ، وبين الورثة بالثلثين . والمال المشترك إذا تلف بعضه فإنه يتلف على الشركة بقدر حصة كل شريك ، فكذلك ما يبقى منه يبقى على الشركة بقدر حصة كل شريك ، فيكون للموصى له ثلث الباقي ، وللورثة الثلثان؛ كما لو أوصى بالثلث من أجناس مختلفة : بأن كان للموصي : إبل ، وبقر ، وغنم ، فأوصى بثلثها ، ثم تلف منها جنسان ، وبقي جنس واحد ، فليس للموصى له إلا ثلث الباقي فكذلك هنا[5].

٢- ولأن الموصي لم يوص إلا بالثلث[6] ، وهو سهم شائع في جميع النوع الموصى فيه ، فلا

---

[1] الزرقاني ، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ، ج٨ ، ص٣٣٨ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٦ ، ص٥١٣ .

[2] المرغيناني ، الهداية ، ج٤ ، ص٥٨٩ . الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٧ ، ص٣٩٠ - ص٣٩١ . ابن عابدين، رد المحتار ، ج١٠ ، ص٣٩١ .

[3] مالك ، المدونة الكبرى ، ج٤ ، ص٣٢٣ . الزرقاني ، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ، ج٨ ، ص٣٣٨ . الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٨ ، ص٤٨٥ .

[4] ابن قدامة ، المقنع ، ج٢ ، ص٣٨٤ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٧ ، ص٢٥٧ . ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج٣ ، ص٤٧٤ .

[5] المرغيناني ، الهداية ، ج٤ ، ص٥٨٩ . العيني ، البناية ، ج١٣ ، ص٤٢٣ . الشلبي ، حاشية الشلبي ، ج٧، ص٣٩١ .

[6] مالك ، المدونة الكبرى ، ج٤ ، ص٣٢٤ . ابن قدامة ، الكافي ، ج٢ ، ص٢٨٧ .

يستحق الموصى له إلا ثلث الباقي[١] .

القول الثاني : للموصى له جميع الباقي إذا لم يجاوز ثلث قيمة جميع النوع الموصى فيه . وهو قول عند الحنابلة[٢] .

وجه هذا القول : القياس على ما إذا أوصى بثلث صبرة من مكيل ، أو موزون ، فتلف ثلثاها ، وبقي ثلثها : فإن للموصى له جميع الباقي فكذلك هنا[٣] .

القول الثالث : التفصيل بين أن يوصي بالثلث من جنس واحد ، أو من أجناس مختلفـة : فـإذا أوصى بالثلث من جنس واحد مما تجري فيه القسمة جبراً : كما لو أوصى بثلث دراهمـه ، أو بثلث غنمه ، أو بثلث مكيل أو موزون من جنس واحد ، أو بثلث ثيابه وهي من جنس واحد ، ثم تلف ثلثا ذلك ، وبقي ثلثه – فللموصى له جميع الباقي إذا كان في حدود ثلث التركـة . أمـا إذا أوصى بالثلث من أجناس مختلفة مما لا تجري فيها القسمة جبراً : "بأن كان له : إبل ، وبقـر ، وغنم ، فأوصى بثلث هذه الأصناف لرجل ، فهلك صنفان ، وبقي صنف واحد"[٤] ، أو أوصـى بثلث ثيابه وهي من أجناس مختلفة ، ثم تلف ثلثاها ، وبقي ثلثها – فليس للموصى لـه إلا ثلـث الباقي . وهذا مذهب الحنفية[٥] .

وإذا أوصى بثلث دوره المختلفة ، ثم تلف ثلثاها ، وبقي ثلثها ، فليس للموصى له إلا ثلث الباقي.

وقد اختلف مشايخ الحنفية في نسبة هذا القول إلى قائله :

فقيل : هو قول أبي حنيفة وحده. أما عند الصاحبين فللموصى له جميع الباقي .وهذا هو الأشبه. وقيل : هو قول الجميع[٦] .

---

[١] الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٦ ، ص٥١٣ .

[٢] أبو البركات ، المحرر ، ج١ ، ص٦٠٨ . ابن مفلح ، المبدع ، ج٥ ، ص٢٨١ . المرداوي ، الإنـصاف ، ج٧ ، ص٢٥٧ .

[٣] ابن مفلح ، المبدع ، ج٥ ، ص٢٨١ .

[٤] الشلبي ، حاشية الشلبي ، ج٧ ، ص٣٩١ .

[٥] السرخسي ، المبسوط ، ج٢٧ ، ص١٦٧ . المرغيناني ، بداية المبتـدي ، ج٤ ، ص٥٨٩ . المرغينـاني ، الهداية ، ج٤ ، ص٥٨٩ . التمرتاشي ، تنوير الأبصار ، ج١٠ ، ص٣٩١ . الحصكفي ، الدر المختار ، ج١٠ ، ص٣٩١ .

[٦] المرغيناني ، بداية المبتـدي ، ج٤ ، ص٥٨٩ . المرغينـاني ، الهدايـة ، ج٤ ، ص ٥٨٩ ـ ص٥٩٠ . الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٧ ، ص٣٩١ . البابرتي ، العناية ، ج١٠ ، ص٤٨١ .

وجه هذا القول :

١- أما كون الموصى له يستحق جميع الباقي إذا كانت الوصية بالثلث من جنس واحد ؛ فلأنه في الجنس الواحد يمكن جمع الحصة الشائعة فيه في البعض المتعين منه ، ولهذا تجري فيه القسمة جبراً مع ما فيها من الجمع ، فإذا أمكن ذلك جمعنا حصة الموصى له الشائعة في البعض الباقي بعد التلف ؛ تقديماً للوصية على الميراث ؛ لأن الموصي جعل حاجة الموصى له في هذا المعين مقدمة على حق الورثة بقدر ما سمى له ، فكان حق الورثة كالتبع ، وحق الموصى له كالأصل . والقاعدة : أن المال المشتمل على أصل وتبع إذا تلف بعضه جعل التالف من التبع دون الأصل . كمال المضاربة إذا تلف بعضه ، وكان فيه ربح : صرف التالف إلى الربح (التبع) لا إلى رأس المال (الأصل) . فيصرف التالف إلى حق الورثة لا الموصى له ، ويأخذ حقه كاملاً . وصارت الوصية بالثلث من جنس واحد كالوصية بعدد محدد منه : ولو أوصى بدرهم واحد، أو بعشرة دراهم من دراهمه ، ثم تلف جميع ذلك الجنس إلا العدد المسمى ، فإن الموصى له يأخذه جميعه إذا كان في حدود ثلث التركة فكذلك هنا[1] .

٢- أما كون الموصى له لا يستحق إلا ثلث الباقي إذا كانت الوصية بالثلث من أجناس مختلفة ؛ فلأنه لا يمكن جمع الحصة الشائعة فيها في البعض المتعين منها ، ولهذا لا تجري فيها القسمة جبراً ، لذا فإنه يتعذر جمع حصة الموصى له الشائعة في البعض الباقي ، فيبقى الكل مشتركاً بين الورثة بالثلثين ، والموصى له بالثلث . والمال المشترك إذا تلف بعضه فإنه يتلف على الشركة ، وإذا بقي بعضه بقي على الشركة بقدر حصة كل شريك ، فيكون للموصى له ثلث الباقي ، وللورثة الثلثان[2] .

٣- أما وجه القول الذي يرى أن الوصية إذا كانت بثلث الدور المختلفة فليس للموصى له إلا ثلث الباقي عند أبي حنيفة ، أما عند الصاحبين فله جميع الباقي ؛ فلأن أبا حنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الدور المختلفة ؛ لأنه يجعلها أجناساً مختلفة ؛ وذلك لكثرة التفاوت بين الدور في: المنفعة ، والضيق ، والسعة ، والأمن ، وجنس الجيران ونحوه ، فتكون الوصية بثلثها

---

[1] السرخسي ، المبسوط ، ج٢٧ ، ص١٦٧ . المرغيناني ، الهداية ، ج٤ ، ص٥٨٩ . الزيلعي ، تبيين الحقائق، ج٧ ، ص٣٩١ . البابرتي ، العناية ، ج١٠ ، ص٤٨١ .

[2] المرغيناني ، الهداية ، ج٤ ، ص ٥٨٩ . البابرتي ، العناية ، ج١٠ ، ص٤٨١ .

كالوصية بالثلث من أجناس مختلفة ، فلا يستحق الموصى له إلا ثلث الباقي . أمـا الـصاحبان فإنهما يقولان بالجبر على القسمة فيها ؛ لأنهما يجعلانها جنساً واحداً ، فتكون الوصـية بثلثهـا كالوصية بالثلث من جنس واحد ، فيستحق الموصى له جميع الباقي[١] .

٤- أما وجه القول الذي يرى أن الوصية إذا كانت بثلث الدور المختلفة فليس للموصـى لـه إلا ثلث الباقي عند الجميع ؛ فلأن الصاحبين يقولان بالجبر على القسمة فيها إذا رأى القاضي لـذلك مصلحة ، ولا يقولان بالجبر عليها مطلقاً ، فكان معنى القسمة فيها أضعف مما يقسم جبراً بكـل حال[٢] ، فتكون الوصية بالثلث منها كالوصية بالثلث من أجناس مختلفة .

والذي يظهر هو صحة ما ذهب إليه أصحاب القول الأول ؛ لما ذكروه . ويتأيد ذلك بأن الاعتبار إنما هو بمال الموصي الموجود يوم موته ، فإذا أوصى بثلث غنمه مثلاً انصرف الثلـث إلـى غنمه الموجود يوم موته .

ويمكن مناقشة ما استدل به أصحاب القولين : الثاني ، والثالث على النحو التالي :

ـ أما ما استدل به أصحاب القول الثاني من القياس على ما إذا أوصى بثلث صبرة من مكيل ، أو موزون ... ـ فيجاب عنه : بأنه غير مسلم ، بل لا يستحق الموصى له إلا ثلث الباقي ، فلا يصح القياس ؛ لعدم الاتفاق على حكم الأصل فيه .

ـ أما ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث فإننا نوافقهم على أن الموصى له لا يستحق إلا ثلـث الباقي إذا كانت الوصية بالثلث من أجناس مختلفة ، أو بثلث الدور المختلفة . ولكننا لا نـوافقهم على استحقاق الموصى له جميع الباقي إذا كانت الوصية بالثلث من جنس واحد . ويجاب عـن دليلهم في ذلك (الدليل الأول) بما يلي :

١- قولهم : إنا جمعنا حصة الموصى له الشائعة في البعض البـاقي ؛ تقـديماً للوصـية علـى الميراث – يجاب عنه : ليس في إعطاء الموصى له ثلث الباقي ما يتنافى مـع كـون الوصـية مقدمة على الميراث حتى يصار إلى إعطائه جميع الباقي ؛ وذلك لأن الورثة لا يستحقون ثلثـي الباقي إلا بعد تنفيذ الوصية في ثلث الباقي ، ولو كان في هذا الإعطاء ما يتنافى مع ذلك لكـان حجة على الحنفية حين أعطوا الموصى له ثلث الباقي إذا كانت الوصية بالثلـث مـن أجنـاس

---

[١] البابرتي ، العناية ، ج١٠ ، ص٤٨١ . العيني ، البناية ، ج١٣ ، ص٤٢٤ ، ص٤٢٥ .

[٢] ابن مودود ، الاختيار ، ج٥ ، ص٧٥ .

مختلفة ، فهل راعوا تقديم الوصية على الميراث في حال دون حال مع ما هو معهود ومقرر من أن الوصية مقدمة على الميراث مطلقاً ؟!

واستدلالهم لذلك بأن الموصي جعل حاجة الموصى له في هذا المعين مقدمة على حق الورثة بقدر ما سمى له - ليس فيه ما يوجب استحقاق الموصى له جميع الباقي ؛ لأن الموصي جعل حقه مقدماً بالقدر الذي سماه ، وهو لم يسم له إلا الثلث شائعاً في جميع الجنس الواحد ، فيعطى الثلث من الباقي ، ويقدم فيه على الورثة : فلا يستحقون ثلثي الباقي إلا بعد تنفيذ الوصية في ثلثه. ومن هذا الوجه يكون حق الورثة كالتبع : من جهة أنهم لا يستحقون ثلثي الباقي إلا بعد تنفيذ الوصية في ثلثه . ويكون حق الموصى له كالأصل : من جهة أن تنفيذ الوصية مقدم على الميراث .

٢- أما القياس على الوصية بعدد محدد من الجنس الواحد فيجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن الوصية إذا كانت بعدد محدد فإن الموصى له يستحق جميع هذا العدد دون زيادة ، أو نقصان ؛ عملاً بالمعنى الذي وضع له العدد لغة ، فإذا لم يبق من الجنس الموصى به إلا هذا العدد أخذه كاملاً . وهذا بخلاف ما إذا أوصى بالثلث من جنس واحد ؛ لأن الثلث سهم شائع في جميع الجنس الموصى فيه ، فلا يستحق الموصى له إلا الثلث شائعاً ، سواء أبقي جميع الجنس الموصى فيه ، أم بعضه .

المطلب الخامس : أثر فوات الموصى به إذا كان سهماً شائعاً في عين معينة

اختلف الفقهاء إذا كان الموصى به سهماً شائعاً في عين معينة : كما لو أوصى بثلث صبرة من مكيل ، أو موزون ، ثم تلف ثلثاها ، وبقي ثلثها على قولين :

القول الأول : ليس للموصى له إلا ثلث الباقي . وهو مذهب الشافعية[1] ، وقول عند الحنابلة[2].

القول الثاني : يستحق الموصى له جميع الباقي إذا كان في حدود ثلث التركة . وهو مذهب

---

[1] البغوي ، التهذيب ، ج٥ ، ص٩٧ . النووي ، روضة الطالبين ، ج٥ ، ص١٩١ . الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٦ ، ص١٤٥ .

[2] ابن عبيدان ، زوائد الكافي ، ص١٦٤ . أبو البركات ، المحرر ، ج١ ، ص٦٠٨ . ابن مفلح ، الفروع ، ج٧، ص٤٦٣ .

المالكية[١] ، والحنابلة في المذهب[٢] .

وجه هذا القول : أن الثلث يحتمل الموصى به ، وما بقي منه ، فيجب أن يستحقه الموصى له ؛ كما لو كان الموصى به عيناً معينة ، واحتملها الثلث[٣] .

ويجاب عن هذا القياس : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن الموصى به إذا كـان عينـاً معينـة فـإن الوصية تتعلق بجميعها ، فيستحقها الموصى له كاملة ، وإذا تلف بعضها أخذ ما بقي منها . وهذا بخلاف ما إذا أوصى بثلث عين معينة ؛ لأن الثلث سهم شائع في جميع العـين المعينـة ، فـلا يستحق الموصى له إلا الثلث شائعاً ، سواء أبقيت العين جميعها ، أم بعضها .

من هنا ، فإنني أختار ما ذهب إليه أصحاب القول الأول . ويمكن الاستدلال لذلك بالأدلة التـي ذكرها أصحاب القول الأول في مسألة أثر فوات الموصى به إذا كان سهماً شائعاً في نوع معين في المطلب الرابع ؛ وذلك بجامع أن الوصية في كلا المسألتين وقعت بسهم شائع فـي معـين ، سواء أكان هذا المعين عيناً كما هو الحال هنا ، أم نوعاً كما هو الحال في تلك المـسألة . كمـا يتأيد هذا القول بأن الاعتبار بمال الموصي الموجود يوم موته ، فإذا أوصى بثلث عـين معينـة انصرف الثلث إلى ما يوجد منها يوم موته .

---

[١] القاضي عبد الوهاب ، الإشراف ، ج٢ ، ص١٠١٠ .

[٢] أبو البركات ، المحرر ، ج١ ، ص٦٠٨ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٧ ، ص٢٥٧ . الحجاوي ، الإقنـاع ، ج٣ ، ص٧٠ .

[٣] القاضي عبد الوهاب ، الإشراف ، ج٢ ، ص١٠١٠ .

المبحث السابع : أثر فوات محل عقد الوديعة

تعريف الوديعة

الوديعة لغة : "ودع : الواو ، والدال ، والعين أصل واحد يدل على الترك ، والتخلية . ودعه : تركه"[١] .

واصطلاحاً : "عقد تبرع بحفظ مال غيره ، بلا تصرف فيه"[٢] .

محل عقد الوديعة : العين المودعة . ولمعرفة أثر فواتها فإنه يفرق بين حالتين : الأولى : فواتها بتعد أو تفريط من الوديع . والأخرى : فواتها بدون تعد أو تفريط منه . وبيان ذلك فيما يلي :

اتفق الفقهاء[٣] على أن العين المودعة إذا تلفت بتعد أو تفريط من الوديع فإنه يضمنها .

وجه هذا الاتفاق : أن "المتعدي متلف لمال غيره ، فضمنه ؛ كما لو أتلفه من غير إيداع . والمفرط متسبب بترك ما وجب عليه من حفظها"[٤] .

أقوال الفقهاء

اختلف الفقهاء إذا تلفت العين المودعة في يد الوديع بدون تعد أو تفريط منه على قولين :

القول الأول : لا يضمن الوديع ، وسواء أتلف معها شيء من مال الوديع ، أم تلفت وحدها دون ماله. وقد روي هذا عن: أبي بكر[٥] ، وعمر[٦] ، وعلي ، وابن مسعود[٧] – رضي ا عنهم– ،

---

(١) ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ص١٠٤٧ ، مادة (ودع) .

(٢) المرداوي ، الإنصاف ، ج٦ ، ص٢٩٩ .

(٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص٣٣٣ ، ص٣٣٥ . البابرتي ، العناية ، ج٨ ، ص٥١٩ . الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج٦ ، ص٤٧١ . المعداني ، حاشية المعداني ، ج٢ ، ص٣١٥ . البغوي ، التهذيب ، ج٥ ، ص١١٧ . النووي ، منهاج الطالبين ، ج٣ ، ص١٠٩. ابن قدامة ، المغني ، ج٦ ، ص٢٦٧ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٦ ، ص٣٠٠ . ابن حزم ، المحلى ، ج٧ ، ص١٣٧ .

(٤) البهوتي ، كشاف القناع ، ج٤ ، ص٢٠٤ . الرحيباني ، مطالب أولي النهى ، ج٤ ، ص١٤٨ .

(٥) ابن أبي شيبة ، المصنف ، كتاب البيوع والأقضية ، في المضاربة والعارية والوديعة ، رقم (٢٠/١٧٩) ، ج٥ ، ص١٧٠ . والبيهقي ، السنن الكبرى ، كتاب الوديعة ، باب لا ضمان على مؤتمن ، رقم (١٢٦٩٨) ، ج٦، ص٤٧٢ . قال ابن حجر العسقلاني : "وإسناده ضعيف" . انظر : ابن حجر العسقلاني ، تلخيص الحبير ، ج٣ ، ص٢١٢ .

(٦) عبد الرزاق ، المصنف ، كتاب البيوع ، باب العارية ، رقم (١٤٨٦٣) ، ج٨ ، ص١٣٧ . وابن أبي شيبة ، المصنف ، كتاب البيوع والأقضية ، في المضاربة والعارية والوديعة ، رقم (٢١/١٧٩) ، ج٥ ، ص١٧٠ .

(٧) عبد الرزاق ، المصنف ، كتاب البيوع ، باب العارية ، رقم (١٤٨٧٩) ، ج٨ ، ص١٤٠ . والبيهقي ، السنن الكبرى ، كتاب الوديعة ، باب لا ضمان على مؤتمن ، رقم (١٢٦٩٩) ، ج٦ ، ص٤٧٣ .

وشريح ، والنخعي ، وأبي الزناد ، والثوري ، والأوزاعي ، وربيعة[١] . وهو مذهب الحنفية[٢] ، والمالكية[٣] ، والشافعية[٤] ، والحنابلة في المذهب[٥] ، وابن حزم[٦] .

القول الثاني : التفصيل بين أن تتلف العين المودعة مع مال الوديع ، أو وحدها دون ماله : فإذا تلفت مع مال الوديع فلا يضمن . أما إن تلفت وحدها دون ماله فإنه يضمن . وقد روي هذا عن عمر بن الخطاب[٧] – رضي ا عنه - . وهو رواية عن الإمام أحمد[٨] .

الأدلة

أدلة الفريق الأول

استدل أصحاب القول الأول لما ذهبوا إليه بالأدلة التالية :

١- قـــــال تعـــــالى : "☐♦✉⚇♌⬀ 📖❒✌♋♊⌘ ✍♦➔⬀✍→▤↗☠
✍➔♦⬀✍✞✍ ☐♦🖬☐⓿↖♦☒⑩✍♋ ✂✍✎⍋🔔♋❽
✂✍♦⬂✍➔☺♋♊⌘ 📖❒✌♦🕔☪◆☛♦❍🡐🕔"[٩] .

---

[١] ابن المنذر ، الإشراف ، ج١ ، ص٢٥١ – ص٢٥٢ . ابن قدامة ، المغني ، ج٦ ، ص٢٦٦ .

[٢] المرغيناني ، بداية المبتدي ، ج٣ ، ص٢٤٠ . ابن مودود ، المختار ، ج٣ ، ص٢٥ . داماد أفندي ، مجمع الأنهر ، ج٣ ، ص٤٦٨ .

[٣] القفصي، لباب اللباب ، ص٢٥٢ . الزرقاني ، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ، ج٦ ، ص٢٠٤ . الخرشي ، حاشية الخرشي، ج٦ ، ص٤٧١ .

[٤] الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص١٨١ . الغزالي ، الوسيط ، ج٤ ، ص٥٠٠ . الرملـي ، غايـة البيـان ، ص٣٤٧ .

[٥] ابن قدامة ، المغني ، ج٦ ، ص٢٦٦ . المرداوي ، الإنصاف ، ج٦ ، ص٢٩٩ . ابـن النجـار ، منتهـى الإرادات ، ج٣ ، ص٢٥٠ .

[٦] ابن حزم ، المحلى ، ج٧ ، ص١٣٧ .

[٧] عبد الرزاق ، المصنف ، كتاب البيوع ، باب الوديعة ، رقم (١٤٨٧٧) ، ج٨ ، ص١٣٩ . وابن أبي شيبة ، المصنف ، كتاب البيوع والأقضية ، في المضاربة والعاريـة والوديعـة ، رقـم (٧/١٧٩) ، ج٥ ، ص١٦٩ . والبيهقي ، السنن الكبرى ، كتاب الوديعة ، باب لا ضمان على مـؤتمن ، رقـم (١٢٧٠٢ – ١٢٧٠٤) ، ج٦ ، ص٤٧٣ – ص٤٧٤ . قال ابن حزم : "وقد **صح** عن عمر بن الخطاب تضمين الوديعة". انظر : ابـن حـزم ، المحلى ، ج٧ ، ص١٣٧ .

[٨] أبو يعلى ، كتاب الروايتين والوجهين ، ج٢ ، ص٣١ . الزركشي ، شـرح الزركـشي ، ج٤ ، ص٥٧٦ . المرداوي ، الإنصاف، ج٦ ، ص٣٠٠ .

[٩] سورة البقرة ، من آية ٢٨٣ .

[illegible] .[10]
[illegible]
وقال : "[illegible]
وجه الدلالة : سمى ا سبحانه وتعالى الوديعة أمانة ، وإيجاب الضمان ينافي الأمانة[1] .

[illegible] .[2]

٢- قال تعالى: "[illegible]

وجه الدلالة : نفى ا سبحانه وتعالى السبيل (العقوبة ، والمأثم)[3] عن المحـسنين ، والوديـع محسن[4] بحفظه للعين المودعة ، وعدم التعدي والتفريط ، فلا يضمن[5] .

٣- ما روي أن النبي – صلى ا عليه وسلم – قال : "من أُودِع وديعة فلا ضمان عليه"[6] .

وجه الدلالة : يدل الحديث بمنطوقه على نفي الضمان عن الوديع .

٤- ما روي أن النبي - صلى ا عليه وسلم - قال : "ليس على المستعير غير المغِلّ ضمان ، ولا على المستودع غير المغِلّ ضمان"[7] .

وجه الدلالة : يدل الحديث بمنطوقه على نفي الضمان عن الوديع غير المغل (غير الخائن)[8] .

٥- ما روي أن النبي – صلى ا عليه وسلم – قال : "لا ضمان على مؤتمن"[9] .

وجه الدلالة : يدل الحديث بمنطوقه على نفي الضمان عن المؤتمن ، والوديـع مـؤتمن ، فـلا يضمن .

---

[10] سورة النساء ، من آية ٥٨ .

[1] القشني ، مواهب الصمد ، ج٢ ، ص٤٧١ . التنوخي ، الممتع ، ج٤ ، ص٣٩ ، ص٤٨ .

[2] سورة التوبة ، من آية ٩١ .

[3] القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج٨ ، ص١٤٦ .

[4] الأنصاري ، فتح الوهاب ، ج٢ ، ص٣٦ . الزركشي ، شرح الزركشي ، ج٤ ، ص٥٧٦ .

[5] ابن حزم ، المحلى ، ج٧ ، ص١٣٧ .

[6] رواه ابن ماجه ، أبواب الصدقات ، باب الوديعة ، رقم (٢٤٠١) ، ص٣٤٣ . واللفظ له . والبيهقي ، السنن الكبرى ، كتاب الوديعة ، باب لا ضمان على مؤتمن ، رقم (١٢٧٠٠) ، ج٦ ، ص٤٧٣ . قـال ابـن حجـر العسقلاني : "وفيه المثنى بن الصباح ، وهو متروك . وتابعه ابن لهيعة فيما ذكره البيهقي" . انظر : ابن حجـر العسقلاني ، تلخيص الحبير ، ج٣ ، ص٢١١ .

[7] سبق تخريجه . انظر : ص ١٨٨ ، هامش (٦) .

[8] العيني ، البناية ، ج١٠ ، ص١٠٧ .

[9] سبق تخريجه . انظر : ص ١٨٩ ، هامش (٢) .

٦- ولأن عدم تضمين الوديع هو قول جماعة من الصحابة : كأبي بكر ، وعمر ، وعلي ، وابن مسعود[١٠] – رضي ا عنهم - ، كما سبق بيانه عند ذكر أصحاب القول الأول .

٧- ولأن الوديع أمين ، فلا يضمن ؛ كالمضارب[١] .

٨- ولأن يد الوديع كيد المالك ؛ لأنه يحفظ العين المودعة لمالكها ، فيكون الهـلاك فـي يـده كالهلاك في يد المالك ، فلا يضمن[٢] .

٩- ولأن الناس محتاجون إلى الاستيداع ، فلو ضمنا الوديع لامتنع الناس عن قبـول الودائـع ، فتتعطل مصالحهم[٣] .

١٠- ولأن الوديع متبرع في حفظ العين المودعة لصاحبها ، والتبرع لا يوجب الضمان[٤] .

١١- ولأن الوديع أمين ؛ لأنه لا منفعة له في قبض العين المودعة[٥] ، فلا يضمن .

١٢- أما كون الوديع لا يضمن العين المودعة ولو تلفت وحدها دون ماله فلما يلي :

أ- لعموم الأدلة السابقة[٦] : فإنها عامة في نفي الضمان عن الوديع ، سواء أتلف معها شيء من ماله ، أم تلفت وحدها دون ماله .

ب- ولأن الوديع أمين ، وقد تلفت العين المودعة بدون تعد أو تفريط منه ، فلا يضمنها ؛ كما لو تلفت مع ماله[٧] : حيث لا يضمنها اتفاقاً فكذلك هنا .

أدلة الفريق الثاني

وجه الحنابلة ما روي عن الإمام أحمد من تضمين الوديع إذا تلفت العين المودعة وحـدها دون ماله بما يلي :

---

[١٠] السرخسي ، المبسوط ، ج١١ ، ص١١٧ . الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص١٨١ . التنـوخي ، الممتـع ، ج٤ ، ص٣٩ .

[١] ابن البنا ، المقنع ، ج٢ ، ص٨٥٩ .

[٢] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص٣٣٣ . البصير ، النهاية ، ص٢٢٠ .

[٣] المرغيناني ، الهداية ، ج٣ ، ص٢٤٠ . الرملي ، غاية البيان ، ص٣٤٧ . المقدسي ، العدة ، ص٢٦٣ .

[٤] العيني ، البناية ، ج١٠ ، ص١٠٦ . القاري ، فتح باب العناية ، ج٢ ، ص٤٥٧ .

[٥] التنوخي ، الممتع ، ج٤ ، ص٤٨ .

[٦] البهوتي ، كشاف القناع ، ج٤ ، ص٢٠٤ .

[٧] أبو يعلى ، كتاب الروايتين والوجهين ، ج٢ ، ص٣١ . ابن قدامة ، الكافي ، ج٢ ، ص٢٠٩ .

١- ما روي عن أنس بن مالك – رضي ا عنه – أنه قال : "استُودِعت ستة آلاف ، فـذهبت ، فقال لي عمر : ذهب لك معها شيء ؟ قلت : لا ، قال : فضمنِّني"[٨] .

وجه الدلالة : يدل الأثر بمنطوقه على تضمين الوديع إذا لم يتلف مع العين المودعة شيء مـن ماله .

٢- ولأن الوديع "إذا ادعى ضياعها من بين متاعه كان متهماً ؛ لأن الغالب أن الحرز إذا أهتـك أخذ جميع ما فيه"[١] .

المناقشة والقول المختار

يمكن مناقشة ما استدل به أصحاب القول الثاني على النحو التالي :

١- أما الاستدلال بالأثر الوارد عن عمر بن الخطاب – رضي ا عنه – فيجاب عنه بما يلي :

أ- إن هذا الأثر لا يعدو أن يكون قولاً لصحابي ، وهو ليس بحجة .

ب- لو سلمنا أنه حجة ، فإنه لا يمكن العمل به ؛ لمعارضته ظاهر القرآن الكـريم ، وصـريح الأحاديث النبوية . نعم ، في أسانيد تلك الأحاديث مقال ، إلا أن الحنفية أجابوا عـن تـضعيف حديث : "ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضـمان" كمـا تقدم آنفاً[٢] ، فلا يمكن الاعتداد به .

ج- إنه محمول على أن الوديع قد فرط في حفظها : فقد قيل : إنه دفعها إلى خادمـه ، وهـذا يوجب الضمان[٣] . ويؤيد هذا الحمل أنه قد روي عن عمر بن الخطاب – رضـي ا عنـه – عدم تضمين الوديع كما سبق بيانه عند ذكر أصحاب القول الأول ، فيحمل ما روي هنا على أن الوديع فرط في حفظها، ويحمل ما روي هناك على أن الوديع لم يفرط في حفظها ؛ وذلك جمعاً بين النصين ، وهو أولى من إهدار أحدهما .

٢- قولهم : إن الوديع إذا ادعى ضياعها من بين متاعه كان متهماً ... – يجـاب عنـه : بـأن أموال الناس لا تستحل بالتهمة ؛ لأنها ظن ، وقد أنكر ا سبحانه وتعالى اتباع الظن بقوله :

---

[٨] سبق تخريجه . انظر : ص ٢٥٩ ، هامش (٧) . واللفظ لابن أبي شيبة .

[١] أبو يعلى ، كتاب الروايتين والوجهين ، ج٢ ، ص٣٢ .

[٢] راجع : ص ١٩٨ – ص ١٩٩ .

[٣] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج٨ ، ص٣٥٦ . ابن قدامة ، المغني ، ج٦ ، ص٢٦٧ .

. [٥] [٤] "🙬🙖🙘✐🙖ॐ★⬂⓿⌧⅄ ✐♎📨◻⧫⬂💻🙖✁ ⌘♊🙘✍
🙼🙼♉⬂⬄⬉③ •• ⭘♊⅄→🙵🙖✁ ☎ □♌♐♐◆❒
·⭘♊⅄→🙵🙖✁ ⬥♐♐ ♌❑⬉➔♐⌨✸☞⧫③ ♌♐♐"

مما تقدم ، وبعد استعراض أقوال الفقهاء ، وأدلتهم ، والمناقشة فإنني أختار ما ذهب إليه أصحاب القول الأول ؛ لما ذكروه . ويتأيد ذلك بأنه ليس ثمة ما يقضي بإيجاب الضمان ؛ لأن الوديع متبرع ، وقد قبضها بإذن صاحبها ، ولم يكن تلفها بتعد أو تفريط منه . وإذا كان المستعير لا يضمن العين المستعارة – على المختار من أقوال الفقهاء - ، وهو يقبضها لمنفعة نفسه ، كما لا يضمن المضارب مال المضاربة ، وهو يقبضه لمنفعته ، ومنفعة رب المال – فأولى أن لا يضمن الوديع العين المودعة ، وهو يقبضها لمنفعة مالكها وحده .

وإذا كان الوديع لا يضمن العين المودعة إذا تلفت في يده بدون تعد أو تفريط منه – فإن رب الوديعة إذا اشترط عليه الضمان ، كان شرطاً باطلاً ، فلا يضمنها الوديع إذا تلفت بغير تعد أو تفريط منه[١] .

وجه ذلك :

١- "لأنه شرط ينافي مقتضى العقد ، فلم يصح"[٢] .

٢- ولأن العين المودعة أمانة ، فلا تصير مضمونة بالشرط ؛ كالعين المضمونة لا تصير أمانة بالشرط[٣] .

٣- و "لأنه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه ، فلم يلزمه ؛ كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالكه"[٤] .

---

[٤] سورة النجم ، من آية ٢٨ .

(5) ابن حزم ، المحلى ، ج٨ ، ص١٣٨.

[١] التمرتاشي ، تنوير الأبصار ، ج٨ ، ص٥٢٩ . الطائي ، كنز البيان ، ص٣١٧ . خليل ، مختصر خليل ، ص٢٥٢ . الزرقاني ، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ، ج٦ ، ص٢٠٩ . الشيرازي ، المهذب ، ج٢، ص١٨١ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٣ ، ص١٠٤ . الحجاوي ، الإقناع ، ج٢ ، ص٣٧٨ . البهوتي ، كشاف القناع ، ج٤ ، ص٢٠٥ .

[٢] البهوتي ، كشاف القناع ، ج٤ ، ص٢٠٥ . وانظر : الزرقاني ، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ، ج٦ ، ص٢٠٩ .

[٣] الشيرازي ، المهذب ، ج٢ ، ص١٨١ .

[٤] ابن قدامة ، المغني ، ج٦ ، ص٢٦٧ . شمس الدين بن قدامة ، الشرح الكبير ، ج٧ ، ص٢٨٣ .

موقف القانون المدني الأردني

أخذ القانون المدني الأردني بما اتفق عليه الفقهاء من أن الوديع يضمن العين المودعة إذا تلفـت بتعد أو تقصير منه . أما فيما عدا ذلك فقد اعتبر الوديعة أمانة كما ذهب إليه أصـحاب القـول الأول . جاء في المادة (٨٧٢) : "الوديعة أمانة في يد المودع لديه ، وعليه ضمانها إذا هلكـت بتعديه أو بتقصيره في حفظها ما لم يتفق على غير ذلك" .

الخاتمـة

يمكن صياغة أهم نتائج هذا البحث وخلاصاته في النقاط التالية :

١- أ- إذا تلف كل المبيع قبل قبضه بآفة سماوية فإن البيع ينفسخ ، ويسقط الثمن عن المشتري، وضمان المبيع من البائع .

ب- إذا تلف كل المبيع أو بعضه قبل قبضه بفعل المشتري فإن البيع لا ينفسخ ، ويصير قابـضاً له بإتلافه ، ويلزمه جميع الثمن .

ج- إذا تلف كل المبيع أو بعضه قبل قبضه بفعل البائع أو أجنبي فإن البيع لا ينفسخ ، والمشتري بالخيار : إن شاء فسخ البيع ، فيسقط عنه الثمن . وإن شاء أمضاه ، وأدى الثمن ، ورجع علـى البائع أو الأجنبي بالقيمة أو المثل .

د- إذا تلف بعض المبيع قبل قبضه بآفة سماوية فإنه ينظر : إذا ترتب على التلف نقصان قـدر فإن البيع ينفسخ في الجزء التالف ، وللمشتري الخيار في الباقي : إن شاء أخذه بحـصته مـن الثمن ، وإن شاء تركه . أما إذا ترتب عليه نقصان وصف فإن البيع لا ينفسخ ، ويكون المشتري بالخيار في الباقي : إن شاء أخذه بجميع الثمن ، فلا يسقط منه شيء مقابل التـالف ، وإن شـاء تركه .

هـ- إذا تلف كل المبيع أو بعضه بعد قبض المشتري له فإن البيع لا ينفسخ ، وعلى المـشتري جميع الثمن ، ولا شيء له إن كان التلف بآفة سماوية أو بفعله . فإن كان بفعل البائع أو أجنبـي ضمناه للمشتري .

و- إذا بيعت الثمار منفردة عن أصلها ، لغير مالك أصلها ، بعد بدو صلاحها ، وبعـد تخليـة البائع بينها وبين المشتري ، وقبل تمام طيبها ، ثم أصابتها جائحة – فإنهـا توضـع ، فيكـون ضمانها من البائع ، ويرد للمشتري من الثمن بقدر ما تلف إن كان دفعه إليه ، وإلا سقط عنه .

ثم إن أصابت الجائحة جميع الثمار انفسخ البيع في جميعه ، وإن أصابت بعضه انفسخ في القدر التالف دون الباقي .

ز- يشترط لوضع الجائحة : أن تباع الثمرة مفردة عن أصلها ، ولغير مالك أصلها ، وأن تكون الثمرة محتاجة إلى البقاء في أصلها لتمام طيبها وصلاحها ، أو لبقاء رطوبتها ونضارتها .

ح- لا يشترط لوضع الجائحة أن تبلغ الثلث ، بل توضع مطلقاً إلا القدر اليسير الذي لا بد من تلفه عادة . وسواء أكان المجاح من : الثمار ، أم البقول ، أم المقاثئ .

ط- توضع جائحة الثمار ، والبقول ، والمقاثئ دون جائحة الزرع .

ي- الآفة السماوية ، وفعل الآدمي الذي لا يستطاع دفعه ، ولا تضمينه : كالجيش – جائحة توضع .

ك- لا يعتبر فعل الآدمي الذي يستطاع دفعه ، وتضمينه : كالسارق – جائحة . ويخير المشتري بين فسخ البيع ، ومطالبة البائع بالثمن . وبين إمضائه ، ومطالبة السارق بالبدل .

ل- إذا تلف الثمن قبل قبضه فإن البيع لا ينفسخ ، وعلى المشتري بدله . سواء أكان الثمن دراهم ، أو دنانير ، وعينها العاقدان ، أو كان في الذمة .

٢- أ- إذا انقطع كل المسلَم فيه فلم يوجد ، وتعذر حصوله عند حلول الأجل ، فإن السلم لا ينفسخ ، والمسلِم بالخيار : إن شاء فسخ السلم ، واسترد رأس ماله إن كان باقياً ، أو بدله إن كان تالفاً . وإن شاء صبر حتى يوجد المسلَم فيه فيأخذه حينئذ .

ب- إذا انقطع بعض المسلَم فيه فللمسلِم الخيار بين: الفسخ في الكل ، وبين الصبر إلى أن يوجد. ولا يملك الفسخ في القدر المنقطع ، والإجازة في الباقي .

٣- أثر تلف رأس مال السلم والأجرة كأثر تلف الثمن في عقد البيع .

٤- أ- إذا تلفت العين المستأجرة كلها ، ولم يبق فيها أي منفعة ، أو أمكن الانتفاع من وجه آخر، فإن الإجارة تنفسخ .

ب- القول بانفساخ الإجارة بتلف كل العين المستأجرة يستوي فيه أن يكون التلف حاصلاً قبل القبض ، أو عقيبه وقبل مضي مدة لمثلها أجرة ، فإن الإجارة تنفسخ ، وتسقط الأجرة عن المستأجر . أما إذا وقع التلاف بعد القبض ، وبعد مضي مدة لمثلها أجرة ، فإن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة ، وتسقط حصتها من الأجرة . أما بالنسبة للمدة الماضية فإن الإجارة لا تنفسخ فيها ، فيجب قسط المدة الماضية من الأجرة المسماة . أما إذا وقع التلاف بعد القبض ، وانقضاء المدة ، فإن الإجارة قد مضت صحيحة ، فلا تنفسخ ، وعلى المستأجر الأجرة .

ج- القول بانفساخ الإجارة بتلف كل العين المستأجرة يستوي فيه أن يكون التلف بآفة سماوية ، أو بفعل المستأجر . ويكون ضمانها في الأولى من المؤجر ، وفي الثانية من المستأجر .

د- الأحكام المتقدمة إنما هي في الإجارة الواردة على معين . أما إذا كانت الإجارة واردة على عين موصوفة في الذمة : كما لو أجره دابة صفتها كذا وكذا ، ثم سلمه دابة بتلك الصفات ، فتلفت – فإن الإجارة لا تنفسخ ، وعلى المؤجر أن يأتي ببدلها . فإن تعذر الإتيان ببدلها فللمستأجر الفسخ .

هـ- إذا تلف بعض العين المستأجرة فللمستأجر الخيار بين : فسخها ، أو إمضائها بجميع الأجرة .

و- محل ثبوت الخيار للمستأجر إذا كان تلف بعض العين المستأجرة يضر بالانتفاع بها ، وإلا فلا خيار .

ز- يزول خيار المستأجر بزوال سببه : فلو انهدم بعض الدار ، فبادر المؤجر إلى بنائه قبل الفسخ ، فإن الإجارة لازمة ، وليس للمستأجر الفسخ .

٥- أ- تبطل الحوالة بفوات الدين المحال به أصالة أو عرضاً ، وبفوات الدين المحال عليه أصالة .

ب- لا تنفسخ الحوالة بفوات الدين المحال عليه عرضاً .

٦- أ- إذا تلفت العين المرهونة بتعد أو تفريط من المرتهن فإنه يضمن بدلها من المثل أو القيمة. ويكون هذا البدل رهناً مكانها إن لم يكن الدين قد حل ، ويبقى دين المرتهن بحاله . أما إن كان الدين حالاً فإن الراهن والمرتهن يتقاصان .

ب- إذا تلفت العين المرهونة في يد المرتهن بدون تعد أو تفريط منه فإنه لا يضمنها ، ولا يسقط بتلفها شيء من دينه ، فيبقى الدين بحاله ، ويرجع به عند حلوله ، ويبطل الرهن ، ولا يلزم الراهن أن يرهن مكانها عيناً أخرى .

٧-أ- تنفسخ الكفالة ، ويبرأ الكفيل بفوات الدين المكفول به أصالة أو عرضاً ، وبفوات العين المكفولة إذا كانت مضمونة بغيرها ، أو أمانة واجبة التسليم أو لا ، وبموت المكفول به إذا كانت الكفالة بالنفس .

ب- يلزم الكفيل الضمان عند فوات العين المكفولة إذا كانت مضمونة بنفسها .

٨- أ- إذا تلفت العين الموهوبة في يد الموهوب له بآفة سماوية فإنه لا يضمنها للواهب ، فلو رجع الواهب في هبته لم يملك تضمينه إياها . وأولى أن لا يضمنها إذا تلفت قبل قبضها .

ب- إذا تلفت العين الموهوبة بفعل الواهب قبل أن يقبضها الموهوب له فإنه لا يضمنها للموهوب له . أما إن كان هذا بعد القبض فإنه يضمنها له .

ج- إذا تلفت العين الموهوبة بفعل الموهوب له قبل قبضها فإن إتلافه يعتبر قبضاً إذا كان بـإذن الواهب ، وإلا فلا ، ويلزمه الضمان . أما إذا تلفت بفعله بعد القبض فإنه لا يـضمنها للواهـب مطلقاً .

د- إذا تلفت العين الموهوبة بفعل أجنبي فعليه ضمانها للواهب إن كان الإتلاف قبـل القـبض ، وللموهوب له إن كان الإتلاف بعد القبض .

٩- المستعير أمين ، فلا يضمن العين المستعارة إذا تلفت في يده إلا بالتعدي أو التفريط .

١٠- أ- الوكيل أمين ، فلا يضمن الموكل فيه إذا تلف في يده إلا بالتعدي أو التفريط ، وسواء أكانت الوكالة بأجرة أم لا .

ب- تنفسخ الوكالة بخروج الموكل فيه عن ملك الموكل .

ج- إذا تلفت النقود الموكل بالشراء بها فإنه ينظر : إذا تلفت قبل قبض الوكيل لها فإن الوكالة لا تنفسخ ، فلو اشترى الوكيل بعد ذلك سلعة لزمت الموكل . أما إذا تلفت بعد القبض فله حالتان : الأولى : إذا كان التلف قبل الشراء فإن الوكالة تنفسخ ، فلو اشترى الوكيل بعد ذلك كان الشراء لازماً له لا للموكل . الأخرى : إذا كان التلف بعد الشراء فله أيضاً حالتان : الأولى : إذا كـان الموكل قد دفع إلى الوكيل النقود قبل الشراء ، فاشترى الوكيل بها ، ثم تلفت قبل تسليمها للبـائع – فالشراء لازم للموكل ، ويرجع عليه الوكيل بمثل تلك النقود . وإذا رجع عليه ، ثم تلفت النقود ثانية ، فليس للوكيل الرجوع عليه . الحالة الأخرى : إذا كان الموكل دفعها إليه بعد الشراء ، ثم تلفت قبل تسليمها للبائع ، فإن الوكيل لا يملك الرجوع على الموكل ، وعليه الثمن من ماله .

د- لا تنفسخ الوكالة بخروج منفعة الموكل فيه عن ملك الموكل .

هـ- إذا تغير الموكل فيه بفعل الموكل وكان هذا التغير يعد رجوعاً منه عن الإذن في التصرف عرفاً ، أو كان من شأنه أن يحمل الموكل على الرجوع عنه إذا كان التغير بدون فعله – فينبغي أن تنفسخ الوكالة ، وإلا فلا .

١١- ما يتلف من مال الشركة قبل خلط رأس مال الشريكين أو بعده يكون من ضمان الشريكين بقدر حصة كل منهما من رأس المال . ثم إن كان التالف جميع مال الشركة فإنها تنفسخ ، أما إن

كان التالف بعض المال فإن الشركة تكون في الباقي . وما اشتري بغير المال التالف يكون بين الشريكين شركة عقد ، سواء أكان الشراء قبل التلف ، أم بعده ، ولا يملك المشتري الرجوع على شريكه بثمن حصته .

١٢- أ- إذا تلف كل مال المضاربة في يد المضارب قبل التصرف فيه أو بعده فإن المضاربة تنفسخ .

ب- إذا تلف كل مال المضاربة في يد المضارب قبل التصرف فيه ، ثم اشترى المضارب بعد ذلك سلعة في ذمته للمضاربة ، فإن الشراء يكون موقوفاً على إجازة رب المال : فإن أجازه فالشراء له ، وعليه الثمن ، ويكون ذلك مضاربة . وإن لم يجزه فالشراء لازم للمضارب ، وعليه الثمن .

ج- إذا تلف كل مال المضاربة بعد الشراء به ، وقبل دفعه للبائع ، فإن الشراء لا يبطل ، وتكون السلعة على المضاربة ، ويرجع المضارب على رب المال بمثل المال التالف . فإذا دفع إليه رب المال ثانياً ، ثم تلف قبل دفعه للبائع ، رجع عليه أيضاً ، وهكذا يرجع عليه كلما تلف إلى ما لا نهاية حتى يصل الثمن إلى البائع . ويكون رأس المال جميع ما دفعه رب المال ، فيستوفيه جميعاً ، ثم ما زاد على ذلك فهو بينهما على ما شرطا .

د- إذا تلف بعض مال المضاربة في يد المضارب قبل التصرف فيه أو بعده فإن المضاربة لا تنفسخ في الجزء التالف ، ويعتبر رأس المال جميع ما دفعه رب المال ، ويجبر ما تلف بربح المال الباقي ، فيستوفي رب المال رأس ماله كاملاً ، ثم ما زاد على ذلك فهو بينهما على ما شرطا ، فإن زاد التالف على الربح لم يضمنه المضارب .

١٣- أ- تبطل الوصية ، ولا يستحق الموصى له شيئاً إذا كان الموصى به عيناً معينة ، ثم تلفت. أو كان عدداً من نوع معين ، أو سهماً شائعاً في نوع معين ، ثم تلف جميع هذا النوع . أو كان سهماً شائعاً في جميع مال الموصي ، ثم تلف ماله الموجود عند الوصية ، ومات الموصي قبل أن يستفيد مالاً آخر .

ب- إذا كان الموصى به عيناً معينة ، فتلف بعضها ، استحق الموصى له جميع ما بقي إذا كان في حدود ثلث التركة . وكذلك الحكم إذا كان الموصى به عدداً من نوع معين ، ثم تلف جميع هذا النوع إلا العدد المسمى .

ج- إذا كان الموصى به سهماً شائعاً في جميع مال الموصي : كما لو أوصى بثلث ماله ، ثم تلف ثلثا المال الموجود عند الوصية ، وبقي ثلثه عند موت الموصي – فإن الموصى له لا يستحق جميع الباقي ، بل ثلثه . وكذلك الحكم إذا كان الموصى به سهماً شائعاً في نوع معين : كما لو أوصى بثلث غنمه ، فتلف ثلثاها ، وبقي ثلثها . أو كان الموصى به سهماً شائعاً في عين معينة : كما لو أوصى بثلث صبرة من مكيل ، أو موزون ، ثم تلف ثلثاها ، وبقي ثلثها .

د- إذا كان الموصى به سهماً شائعاً في جميع مال الموصي ، فتلف ماله الموجود عند الوصية ، ثم استفاد مالاً آخر ، فإن الوصية لا تبطل ، وتتعلق بالمال المستفاد ، فيكون للموصى له ثلثه عند موت الموصي .

١٤- الوديع أمين ، فلا يضمن العين المودعة إذا تلفت في يده إلا بالتعدي أو التفريط ، وسواء أتلف معها شيء من مال الوديع ، أم تلفت وحدها دون ماله .

١٥- اشتراط الضمان على الأمين يعتبر شرطاً باطلاً ، فلا يضمن عند التلف .

١٦- إن أثر فوات محل العقد – كما يظهر من استعراض النقاط المتقدمة – يختلف من عقد إلى آخر ، كما يختلف في العقد الواحد ؛ تبعاً لاختلاف حالة الفوات . فقد يكون أثره :

أ- انفساخ العقد ، أو عدمه . ومن الحالات التي ينفسخ فيها العقد : إذا تلف كل المبيع قبل قبضه بآفة سماوية . إذا تلف جميع مال الشركة ، والمضاربة . ومن الحالات التي لا ينفسخ فيها العقد: إذا تلف كل المبيع أو بعضه بعد قبضه . إذا فات الدين المحال عليه عرضاً .

ب- صيرورة العقد غير لازم وإثبات الخيار للعاقد بين فسخه أو إمضائه ، أو عدم ذلك . ومن حالات الأول : إذا تلف كل المبيع أو بعضه قبل قبضه بفعل البائع أو أجنبي . إذا تلف بعض العين المستأجرة ، وأضر ذلك بالانتفاع بها . ومن حالات الثاني : إذا تلف كل المبيع أو بعضه قبل قبضه أو بعده بفعل المشتري .

ج- التضمين ، أو عدمه . ومن حالات الأول : إذا تلفت العين المرهونة ، أو المستعارة ، أو المودعة ، أو الموكل فيه بتعد أو تفريط ممن هي في يده . ومن حالات الثاني : إذا كان التلف في الأمثلة المتقدمة بدون تعد أو تفريط ممن هي في يده .

د- استحقاق الأجرة ، أو عدمه . ومن حالات الأول : إذا تلفت العين المستأجرة بعد القبض ، وبعد مضي مدة لمثلها أجرة بالنسبة للمدة الماضية . أو تلفت بعد القبض ، وانقضاء المدة . ومن

حالات الثاني : إذا تلفت العين المستأجرة قبل القبض ، أو عقيبه وقبل مضي مدة لمثلها أجـرة .
أو تلفت بعد القبض ، وبعد مضي مدة لمثلها أجرة بالنسبة للمدة الباقية .

وآخر دعوانا أن الحمد   رب العالمين

المصادر والمراجع

- الآبي ، صالح عبد السميع ، (ت ٩٩١هـ) ، **الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني** ، الناشر عبد ا اليسار ، نجيريا .
- الآبي ، صالح عبد السميع ، (ت ٩٩١هـ) ، **جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل** ، ط١ ، ضبطه وصححه محمد عبد العزيز الخالدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م .
- الأبي ، محمد بن خليفة الوشتاني ، (ت٨٢٨هـ) ، **إكمال إكمال المعلم** ، ط١ ، ضبطه وصححه محمد سالم هاشم ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م . وهو شرح لصحيح مسلم .
- ابن الأثير ، مجد الدين أبو السعدات المبارك بن محمد الجزري ، (ت ٦٠٦هـ) ، **النهاية في غريب الحديث والأثر** ، ط٢ ، تحقيق طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي ، دار الفكر ، بيروت ، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م .
- أحمد ، بن محمد بن حنبل ، (ت ٢٤١هـ) ، **المسند** ، ط١ ، شرحه ووضع فهارسه أحمد شاكر وحمزة أحمد الزين ، دار الحديث ، القاهرة ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م .
- الأدمي ، تقي الدين أحمد بن محمد بن علي ، (ت ٧٤٩هـ) ، **المنور في راجح المحرر على مذهب الإمام المبجل والحبر المفضل أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني** ، ط١ ، دراسة وتحقيق د. وليد عبد ا المنيس ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م .
- الاسمندي ، علاء الدين محمد بن عبد الحميد أبو الفتح ، (ت٥٥٢هـ) ، **طريقة الخلاف بين الأسلاف** ، ط١ ، حققه وعلق عليه علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م .
- الإسنوي ، جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن ، (ت٧٧٢هـ) ، **نهاية السول في شرح منهاج الأصول** ، عالم الكتب ، بيروت ، ١٩٨٢م .
- الأسيوطي ، شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي ، (ت٨٩٠هـ) ، **جواهر العقود ومعين القضاة والشهود** ، ط٢ .

- الإشبيلي ، أحمد بن فرح اللخمي ، (ت٦٩٩هـ) ، **مختصر خلافيات البيهقي** ، ط١ ، تحقيق ودراسة د. إبراهيم الخضير ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م .
- أفندي ، علاء الدين بن محمد أمين ، (ت ١٣٠٦هـ) ، **قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار** ، ط١ ، تحقيق عبد الحميد طعمة حلبي ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م .
- الآمدي ، سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي علي بن محمد ، (ت٦٣١هـ) ، **الإحكام في أصول الأحكام** ، ط١ ، ضبطه وكتب حواشيه إبراهيم العجوز ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م .
- الأمير ، محمد ، (ت١٢٣٢هـ) ، **الإكليل شرح مختصر خليل** ، صححه وعلق حواشيه أبو الفضل عبد ا الصديق الغماري ، مكتبة القاهرة ، مصر .
- الأنصاري ، أبو يحيى زكريا بن محمد ، (ت٩٢٦هـ) ، **أسنى المطالب شرح روض الطالب** ، ط١ ، ضبط نصه وخرج أحاديثه وعلق عليه د. محمد محمد تامر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م .
- الأنصاري ، أبو يحيى زكريا بن محمد ، (ت٩٢٦هـ) ، **الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية** ، ط١ ، ضبطه وخرج أحاديثه محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م .
- الأنصاري ، أبو يحيى زكريا بن محمد ، (ت٩٢٦هـ) ، **فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب**، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م .
- البابرتي ، أكمل الدين محمد بن محمود ، (ت ٧٨٦هـ) ، **شرح العناية على الهداية** ، ط١، علق عليه وخرج آياته وأحاديثه عبد الرزاق غالب المهدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م . مطبوع مع شرح فتح القدير .
- الباجي ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب ، (ت٤٩٤هـ) ، **المنتقى شرح موطأ مالك** ، ط١ ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م .

- باشا ، محمد قدري ، (١٩٠٩م) ، **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان** ، ط٣ ، مصر، المطبعة الأميرية .
- البجيرمي ، سليمان بن محمد بن عمر ، (ت١٢٢١هـ) ، **بجيرمي على الخطيب المسمى بتحفة الحبيب على شرح الخطيب** ، ط الأخيرة ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، ١٣٧٠هـ - ١٩٥١م .
- البجيرمي ، سليمان بن محمد بن عمر ، (ت١٢٢١هـ) ، **حاشية البجيرمي على المنهج المسماة التجريد لنفع العبيد** ، ط الأخيرة ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، ١٣٦٩هـ - ١٩٥٠م .
- البخاري ، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل ، (ت ٢٥٦هـ) ، **صحيح البخاري** ، ط٢ ، دار السلام ، الرياض ، دار الفيحاء ، دمشق ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م .
- البخاري ، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد ، (ت٧٣٠هـ) ، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي** ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م .
- أبو البركات ، عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن تيمية الحراني ، (ت٦٥٢هـ) ، **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل** ، ط١ ، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل وأحمد محروس جعفر صالح ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م .
- ابن البزاز ، حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب ، (ت٨٢٧هـ) ، **الفتاوى البزازية وهي المسماة بالجامع الوجيز** ، ط٤ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م. مطبوع بهامش الفتاوى الهندية .
- البزدوي ، فخر الإسلام علي بن محمد ، (ت٤٨٢هـ) ، **أصول البزدوي** ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م . مطبوع مع شرحه : كشف الأسرار .
- البصير ، أبو الفضل ولي الدين ، (ت بعد ٩٧٢هـ) ، **النهاية شرح متن الغاية والتقريب** ، ط١ ، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م .

- ابن بطال ، أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك ، (ت٤٤٩هـ) ، **شرح صحيح البخاري**، ط١ ، ضبط نصه وعلق عليه أبو تميم ياسر بن إبراهيم ، مكتبة الرشد ، الرياض، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م .
- البعلي ، أحمد بن عبد الله بن أحمد ، (ت١١٨٩هـ) ، **الروض الندي شرح كافي المبتدي في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني** ، المطبعة السلفية ومكتبتها ، الروضة .
- البعلي ، عبد الرحمن بن عبد الله ، (ت١١٩٢هـ) ، **كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات** ، ط١ ، قابله بأصل مصنفه وبثلاثة أصول أخرى محمد بن ناصر العجمي ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م .
- البعلي ، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي الفتح ، (ت٧٠٩هـ) ، **المطلع على أبواب المقنع** ، ط١ ، المكتب الإسلامي ، دمشق ، بيروت ، ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م.
- البغوي ، أبو محمد الحسين بن مسعود ، (ت٥١٦هـ) ، **التهذيب في فقه الإمام الشافعي** ، ط١ ، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م .
- البغوي ، أبو محمد الحسين بن مسعود ، (ت٥١٦هـ) ، **شرح السنة** ، ط١ ، حققه وعلق عليه علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م .
- البقاعي ، عمر بن محمد بركات ، (ت بعد ١٢٩٥هـ) ، **فيض الإله المالك في حل ألفاظ عمدة السالك وعدة الناسك** ، ط١ ، ضبطه وصححه محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م .
- البكري ، أبو بكر عثمان بن محمد شطا الدمياطي ، (ت١٣٠٠هـ) ، **حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين** ، ط١ ، ضبطه وصححه محمد سالم هاشم ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م .
- ابن بلبان ، محمد بن بدر الدين ، (ت ١٠٨٣ هـ) ، **أخصر المختصرات في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل** ، ط١ ، تحقيق وتعليق محمد بن ناصر العجمي ، دارالبشائر الإسلامية ، بيروت ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م .

- ابن بلبان ، محمد بن بدر الدين ، (ت١٠٨٣هـ) ، **مختصر الإفادات في ربع العبادات والآداب وزيادات** ، ط١ ، تحقيق وتعليق محمد بن ناصر العجمي ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م .
- ابن البنا ، أبو علي الحسن بن أحمد بن عبد الله ، (ت٤٧١هـ) ، **المقنع في شرح مختصر الخرقي** ، ط٢ ، تحقيق ودراسة د. عبد العزيز بن سليمان بن إبراهيم البعيمي ، مكتبة الرشد، الرياض ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م .
- البناني ، محمد بن الحسن بن مسعود ، (ت١١٩٤هـ) ، **حاشية البناني المسماة الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني** ، ط١ ، ضبطه وصححه وخرج آياته عبد السلام محمد أمين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م . مطبوع مع شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل .
- البهوتي ، منصور بن يونس ، (ت١٠٥١هـ) ، **إرشاد أولي النهى لدقائق المنتهى** ، ط١ ، تحقيق أ . د. عبد الملك بن عبد الله بن دهيش ، دار خضر ، بيروت ، مكتبة النهضة الحديثة ، مكة المكرمة ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م . وهو حاشية على منتهى الإرادات .
- البهوتي ، منصور بن يونس ، (ت١٠٥١هـ) ، **الروض المربع بشرح زاد المستقنع** ، ط١، مكتبة التراث الإسلامي ، القاهرة ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م .
- البهوتي ، منصور بن يونس ، (ت١٠٥١هـ) ، **شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى** ، ط٢ ، عالم الكتب ، بيروت ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م .
- البهوتي ، منصور بن يونس ، (ت١٠٥١هـ) ، **عمدة الطالب لنيل المآرب** ، ط١ ، تحقيق أحمد بن صالح بن إبراهيم الطويان ، دار طويق ، الرياض ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م .
- البهوتي ، منصور بن يونس ، (ت١٠٥١هـ) ، **كشاف القناع على متن الإقناع** ، حققه أبو عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م .
- البيجوري ، إبراهيم ، (ت١٢٧٧هـ) ، **حاشية البيجوري على شرح العلامة ابن القاسم الغزي على متن الشيخ أبي شجاع** ، ط١ ، ضبطه وصححه محمد عبد السلام شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م .

- البيضاوي ، عبد الله بن عمر ، (ت٦٨٥هـ) ، **منهاج الوصول إلى علم الأصول** ، عالم الكتب ، بيروت ، ١٩٨٢م . مطبوع مع شرحه : نهاية السول .
- البيهقي ، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي ، (ت٤٥٨هـ) ، **السنن الصغير** ، ط١ ، وثق أصوله وخرج حديثه وعلق عليه د. عبد المعطي أمين قلعجي ، دار الوفاء ، المنصورة ، ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م .
- البيهقي ، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي ، (ت٤٥٨هـ) ، **السنن الكبرى** ، ط١ ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .
- التاودي ، أبو عبد الله محمد بن محمد ، (ت١٢٠٩هـ) ، **حلى المعاصم لفكر ابن عاصم** ، ط١ ، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م . مطبوع مع البهجة في شرح التحفة .
- ابن التركماني ، علاء الدين علي بن عثمان المارديني ، (ت٧٤٥هـ) ، **الجوهر النقي** ، ط١، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م . مطبوع مع السنن الكبرى للبيهقي .
- الترمذي ، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة ، (ت٢٧٩هـ) ، **الجامع المختصر من السنن عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعرفة الصحيح والمعلول وما عليه العمل (سنن الترمذي)** ، ط١ ، إشراف ومراجعة صالح بن عبد العزيز آل الشيخ ، دار السلام ، الرياض، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م .
- التسولي ، أبو الحسن علي بن عبد السلام ، (ت١٢٥٨هـ) ، **البهجة في شرح التحفة** ، ط١، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م .
- ابن أبي تغلب ، عبد القادر بن عمر ، (ت١١٣٥هـ) ، **نيل المآرب بشرح دليل الطالب** ، ط١ ، حققه د. محمد سليمان عبد الله الأشقر ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .

- التمرتاشي ، شمس الدين محمد بن عبد ا ، (ت١٠٠٤هـ) ، **تنوير الأبصار** ، ط١ ، تحقيق عبد الحميد طعمة حلبي ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م . مطبوع مـع رد المحتار على الدر المختار .
- التنوخي ، زين الدين المنجي ، (ت٦٩٥هـ) ، **الممتع في شـرح المقنـع** ، ط١ ، دراسـة وتحقيق أ.د. عبد الملك بن عبد ا بن دهيش ، دار خضر ، بيـروت ، مكتبـة ومطبعـة النهضة الحديثة ، مكة المكرمة ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م .
- ابن تيمية ، تقي الدين أحمد ، (ت٧٢٨هـ) ، **مجموعة الفتاوى** ، ط١ ، اعتنى بها وخـرج أحاديثها عامر الجزار وأنور الباز ، دار الوفاء ، المنصورة ، مكتبة العبيكان ، الريـاض ، دار الجيل ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م .
- ابن جزي ، محمد بن أحمد ، (ت٧٤١هـ) ، **قوانين الأحكام الـشرعية ومـسائل الفـروع الفقهية**، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٧٤م .
- الجصاص ، أبو بكر أحمد بن علي ، (ت٣٧٠هـ) ، **أحكام القرآن** ، تحقيق محمد الـصادق قمحاوي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م .
- الجصاص ، أبو بكر أحمد بن علي ، (ت٣٧٠هـ) ، **مختـصر اخـتلاف العلمـاء** ، ط١ ، دراسة وتحقيق د. عبد ا نذير أحمد ، دار البشائر الإسـلامية ، بيـروت ، ١٤١٦هـ ـ - ١٩٩٥م .
- الجمل ، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي ، (ت١٢٠٤هـ) ، **حاشية الجمل على شـرح منهج الطلاب** ، ط١ ، علق عليه وخرج آياته وأحاديثه عبد الرزاق غالـب المهـدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م .
- ابن الجوزي ، سبط ، (ت٦٥٤هـ) ، **إيثار الإنصاف في آثار الخلاف** ، ط١ ، تحقيق ناصر العلي الناصر الخليفي ، دار السلام ، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م .
- ابن الجوزي ، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي ، (ت٥٩٧هـ ـ) ، **التحقيـق فـي مـسائل الخـلاف**، ط١ ، حققه ووثق أصوله وخرج أحاديثه وصنع فهارسه د. عبد المعطـي أمـين قلعجي ، دار الوعي العربي ، حلب ، القاهرة ، مكتبة ابن عبد البـر ، حلـب ، دمـشق ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م .

- الجوهري ، أبو نصر إسماعيل بن حماد ، (ت٣٩٣هـ) ، **تاج اللغة وصحاح العربية المسمى الصحاح** ، ط١ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م .
- ابن الحاجب ، جمال الدين أبو عمرو عثمان بن عمرو بن أبي بكر ، (ت٦٤٦هـ) ، **جامع الأمهات** ، ط١ ، حققه وعلق عليه أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضري ، اليمامة ، دمشق ، بيروت ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م .
- ابن الحاجب ، جمال الدين أبو عمرو عثمان بن عمرو بن أبي بكر ، (ت٦٤٦هـ) ، **منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل** ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م .
- الحجاوي ، شرف الدين أبو النجا موسى بن أحمد ، (ت٩٦٠هـ) ، **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل** ، تصحيح وتعليق عبد اللطيف محمد موسى السبكي ، دار المعرفة ، بيروت.
- الحجاوي ، شرف الدين أبو النجا موسى بن أحمد ، (ت٩٦٠هـ) ، **حواشي التنقيح في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل** ، ط١ ، تحقيق ودراسة د. يحيى أحمد يحيى الجروي ، دار المنار ، القاهرة ، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م .
- الحجاوي ، شرف الدين أبو النجا موسى بن أحمد ، (ت٩٦٠هـ) ، **زاد المستقنع في اختصار المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني** ، ط٨ ، دار القلم ، بيروت ، ١٣٩٨هـ .
- ابن حجر العسقلاني ، أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد ، (ت٨٥٢هـ) ، **تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير** ، ط١ ، علق عليه واعتنى به أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب ، مؤسسة قرطبة ، دار المشكاة ، توزيع المكتبة المكية ، مكة المكرمة ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م .
- ابن حجر العسقلاني ، أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد ، (ت٨٥٢هـ) ، **الدراية في تخريج أحاديث الهداية** ، عنى بتصحيحه وتنسيقه والتعليق عليه عبد ا هاشم اليماني المدني ، مطبعة الفجالة الجديدة ، القاهرة ، ملتزم طبعه ونشره عبد ا هاشم اليماني المدني ، المدينة المنورة ، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م .

- ابن حجر العسقلاني ، أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد ، (ت٨٥٢هـ) ، **فتح الباري بشرح صحيح البخاري** ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م .
- ابن حجر الهيتمي ، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن علي ، (ت٩٧٤هـ) ، **تحفة المحتاج بشرح المنهاج** ، ط١ ، ضبطه وصححه وخرج آياته عبد ا محمود محمد عمر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م .
- ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ، (ت٤٥٦هـ) ، **المحلى بالآثار** ، تحقيـق د. عبد الغفار سليمان البنداري ، دار الفكر ، بيروت .
- ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ، (ت٤٥٦هـ) ، **مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات** ، ط١ ، بعناية حسن أحمد إسـبر ، دار ابـن حـزم ، بيـروت ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.
- الحسيني ، محمد بن محمد بن يوسف السنوسي ، (ت٨٩٥هـ) ، **مكمل إكمال الإكمال** ، ط١، ضبطه وصححه محمد سالم هاشم ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٥هـ ـ - ١٩٩٤م . مطبوع مع إكمال إكمال المعلم .
- الحصكفي ، علاء الدين محمد بن علي ، (ت١٠٨٨هـ) ، **الدر المختار في شـرح تنـوير الأبصار** ، ط١ ، تحقيق عبد الحميد طعمة حلبي ، دار المعرفة ، بيـروت ، ١٤٢٠هـ ـ - ٢٠٠٠م . مطبوع مع رد المحتار .
- الحصكفي ، علاء الدين محمد بن علي ، (ت١٠٨٨هـ) ، **الدر المنتقى في شرح الملتقى** ، ط١ ، خرج آياته وأحاديثه خليل عمـران المنـصور ، دار الكتـب العلميـة ، بيـروت ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م . مطبوع مع مجمع الأنهر .
- الحصني ، تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني ، (ت٨٢٩هـ) ، **كتـاب القواعـد** ، ط١ ، تحقيق د. جبريل بن محمد بن حـسن البـصيلي ، مكتبـة الرشـد ، الريـاض ، شـركة الرياض،الرياض ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م .
- الحصني ، تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني ، (ت٨٢٩هـ) ، **كفاية الأخيار فـي حـل غاية الاختصار** ، ط١ ، حققه وضبطه وعلق عليه وخرج أحاديثه علي عبد الحميد بلطه جي ومحمد وهبي سليمان ، دار الخير ، دمشق ، بيروت ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .

- الحطاب ، أبو عبد ا محمد بن محمد ، (ت٩٥٤هـ) ، **تحرير الكلام في مسائل الالتـزام ،** ط١ ، تحقيق عبد السلام محمد الشريف ، دار الغرب الإسلامي ، بيـروت ، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م .
- الحطاب ، أبو عبد ا محمد بن محمد ، (ت٩٥٤هـ) ، **مواهب الجليـل لـشرح مختـصر خليل،** ط١ ، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيـروت ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م .
- الحلبي ، إبراهيم بن محمد بن إبراهيم ، (ت٩٥٦هـ) ، **ملتقى الأبحر** ، ط١ ، خرج آياتـه وأحاديثه خليل عمران المنصور ، دار الكتب العلمية ، بيـروت ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م . مطبوع مع شرحه : مجمع الأنهر .
- حلولو ، أحمد بن عبد الرحمن بن موسى ، (ت٨٩٨هـ) ، **الضياء اللامـع شـرح جمـع الجوامع في أصول الفقه** ، ط١ ، قدم له وحققه وعلق عليه د. عبد الكريم بن علي بن محمد النملة ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، كلية الشريعة ، الرياض ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .
- حماد ، نزيه ، (٢٠٠١م) ، **قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتـصاد** ، ط١ ، بيـروت ، الدار الشامية ، دمشق ، دار القلم .
- الخرشي ، محمد بن عبد ا بن علي ، (ت١١٠١هـ) ، **حاشية الخرشي علـى مختـصر سيدي خليل** ، ط١، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات ، دار الكتـب العلميـة ، بيروت ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م .
- الخِرقي ، أبو القاسم عمر بن الحسين ، (ت٣٣٤هـ) ، **مختصر الخرقي من مسائل الإمـام المبجل أحمد بن محمد بن حنبل** ، ط٣ ، تحقيق زهير الـشاويش ، المكتـب الإسـلامي ، دمشق، بيروت ، ١٤٠٣هـ .
- الخطابي ، أبو سليمان حمد بن محمد ، (ت٣٨٨هـ) ، **معالم السنن شرح سنن أبي داود** ، ط١ ، خرج آياته وأحاديثه عبد السلام عبد الشافي محمد ، دار الكتب العلميـة ، بيـروت ، ١٤١١هـ - ١٩٩١م .

- الخفيف ، علي ، **أحكام المعاملات الشرعية** ، البحرين ، طبع على نفقة بنك البركة الإسلامي للاستثمار .
- خليل ، بن إسحاق ، (ت٧٧٦هـ) ، **مختصر خليل** ، صححه وعلق عليه طاهر أحمد الزاوي، دار إحياء الكتب العربية ، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه .
- الدارقطني ، علي بن عمر ، (ت٣٨٥هـ) ، **سنن الدارقطني** ، ط١ ، علق عليه وخرج أحاديثه مجدي بن منصور بن سيد الشورى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م .
- داماد أفندي ، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان ، (ت١٠٧٨هـ) ، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر** ، ط١ ، خرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م .
- أبو داود ، سليمان بن الأشعث بن إسحاق ، (ت٢٧٣هـ) ، **سنن أبي داود** ، ط١ ، إشراف ومراجعة صالح بن عبد العزيز آل الشيخ ، دار السلام ، الرياض ، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م .
- الدردير ، أبو البركات سيدي أحمد بن محمد ، (ت ١٢٠١هـ) ، **الشرح الصغير** ، ط١ ، ضبطه وصححه محمد عبد السلام شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م . مطبوع مع بلغة السالك لأقرب المسالك .
- الدردير ، أبو البركات سيدي أحمد بن محمد ، (ت١٢٠١هـ) ، **الشرح الكبير** ، ط١ ، خرج آياته وأحاديثه محمد عبد ا شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م . مطبوع مع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير .
- الدسوقي ، محمد بن أحمد بن عرفة ، (ت١٢٣٠هـ) ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ط١ ، خرج آياته وأحاديثه محمد عبد ا شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م .
- ابن دقيق العيد ، أبو الفتح محمد بن علي ، (ت٧٠٢هـ) ، **تحفة اللبيب في شرح التقريب** ، ط١ ، تحقيق صبري بن سلامة شاهين ، دار أطلس ، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م .

- ابن الدهان ، أبو شجاع محمد بن علي بن شعيب ، (ت٥٩٠هـ) ، **تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ونبذ مذهبية نافعة** ، ط١ ، تحقيق أيمن نصر الدين الأزهري ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م .
- الرافعي ، أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم ، (ت٦٢٣هـ) ، **العزيز شرح الوجيز** ، ط١ ، تحقيق وتعليق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م .
- ابن رجب ، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ، (ت٧٩٥هـ) ، **تقرير القواعد وتحرير الفوائد** ، ط٢ ، ضبط نصه وعلق عليه ووثق نصوصه وخرج أحاديثه وآثاره أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ، دار ابن عفان ، القاهرة ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م .
- الرحيباني ، مصطفى السيوطي ، (ت١٢٤٣هـ) ، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى** ، ط١ ، المكتب الإسلامي ، دمشق ، ١٣٨١هـ - ١٩٦١م .
- ابن رسلان ، أحمد بن حسين بن حسين ، (ت٨٤٤هـ) ، **الزبد** ، ط١ ، مراجعة وضبط أحمد عبد السلام شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م . مطبوع مع شرحه : غاية البيان شرح زبد ابن رسلان .
- ابن رشد الجد ، أبو الوليد محمد بن أحمد ، (ت٥٢٠هـ) ، **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة** ، تحقيق جماعة من العلماء ، دار الغرب الإسلامي، بيروت ، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م .
- ابن رشد الجد ، أبو الوليد محمد بن أحمد ، (ت٥٢٠هـ) ، **المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات** ، ط١ ، تحقيق سعيد أحمد أعراب و د. محمد حجي ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م .
- ابن رشد الحفيد ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ، (ت٥٩٥هـ) ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، تنقيح وتصحيح خالد العطار ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م .

- الرشيدي ، أحمد بن عبد الرزاق بن محمد المغربي ، (ت١٠٩٦هـ) ، **حاشـية الرشـيدي على نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي** ، ط الأخيرة ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م . مطبوع مع نهاية المحتاج .
- الرملي ، شمس الدين محمد بن أحمد ، (ت١٠٠٤هـ) ، **غاية البيان شرح زبد ابن رسلان،** ط١ ، مراجعة وضبط أحمد عبد السلام شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .
- الرملي ، شمس الدين محمد بن أحمد ، (ت١٠٠٤هـ) ، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهـاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي** ، ط الأخيرة ، دارالفكـر ، بيـروت ، ١٤٠٤هــ - ١٩٨٤م .
- الرملي ، أبو العباس بن أحمد ، (ت٩٥٧هـ) ، **حاشية الرملي على أسنى المطالب شـرح روض الطالب** ، ط١ ، ضبط نصه وخرج أحاديثه وعلق عليه د. محمد محمد تـامر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م . مطبوع مع أسنى المطالب شـرح روض الطالب .
- الزبيدي ، محمد مرتضى ، (ت١٢٠٦هـ) ، **تاج العروس** ، دار ليبيا ، بنغازي ، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م .
- الزرقا ، مصطفى أحمد ، (١٩٩٩م) ، **عقد البيع** ، ط١ ، دمشق ، دار القلم .
- الزرقا ، مصطفى أحمد ، (١٩٩٨م) ، **المدخل الفقهي العام** ، ط١ ، دمشق ، دار القلم .
- الزرقاني ، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد ، (ت١٠٩٩هـ) ، **شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل** ، ط١ ، ضبطه وصححه وخرج آياته عبد السلام محمـد أمـين ، دار الكتـب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م .
- الزرقاني ، محمد عبد الباقي بن يوسف ، (ت١١٢٢هـ) ، **شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك** ، ط١ ، دار إحياء التراث العربي ، مؤسسة التاريخ العربي ، بيروت ، ١٤١٧هــ - ١٩٩٧م .

- الزركشي ، شمس الدين محمد بن عبد ا ، (ت٧٧٢هـ) ، **شرح الزركشي على مختصر الخرقي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل** ، ط١ ، تحقيق وتخريج عبد ا بن عبد الرحمن الجبرين ، مكتبة العبيكان ، الرياض ، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م .
- الزركشي ، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد ا ، (ت٧٩٤هـ) ، **البحر المحيط في أصول الفقه** ، ط١ ، ضبط نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه د. محمد محمد تامر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م .
- الزركشي ، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد ا ، (ت٧٩٤هـ) ، **المنثور في القواعد** ، ط١ ، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م .
- الزنجاني ، شهاب الدين محمود بن أحمد ، (ت٦٥٦هـ) ، **تخريج الفروع على الأصول** ، ط5 ، حققه وعلق حواشيه د. محمد أديب صالح ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .
- أبو زهرة ، محمد ، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية** ، دار الفكر العربي .
- زيدان ، عبد الكريم ، (١٩٩٢م) ، **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية** ، ط١٢ ، المنصورة ، دار الوفاء ، بغداد ، مكتبة القدس .
- ابن أبي زيد القيرواني ، أبو محمد عبد ا ، (ت٣٨٦هـ) ، **الرسالة الفقهية** ، ط١ ، إعداد وتحقيق د. الهادي حمو و د . محمد أبو الأجفان ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م .
- ابن أبي زيد القيرواني ، أبو محمد عبد ا ، (ت٣٨٦هـ) ، **النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات** ، ط١ ، تحقيق جماعة من العلماء ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٩٩م .
- الزيلعي ، جمال الدين أبو محمد عبد ا بن يوسف ، (ت ٧٦٢هـ) ، **نصب الراية لأحاديث الهداية** ، ط٣ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .
- الزيلعي ، فخر الدين عثمان بن علي ، (ت٧٤٣هـ) ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م .

- السامري ، نصير الدين محمد بن عبد ا ، (ت٦١٠هـ ـ) ، **المـستوعب** ، ط١ ، دراسـة وتحقيق د. عبد الملك بن عبد ا بن دهيش ، دار خضر ، بيروت ، مكتبة النهضة الحديثة ، مكة المكرمة ، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م .
- السبكي ، تاج الدين عبد الوهاب بن علي ، (ت٧٧١هـ) ، **الأشباه والنظائر** ، ط١ ، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١١هـ - ١٩٩١م .
- السبكي ، تاج الدين عبد الوهاب بن علي ، (ت٧٧١هـ) ، **جمع الجوامع** ، ط١ ، قـدم لـه وحققه وعلق عليه د. عبد الكريم بن علي النملة ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، كلية الشريعة ، الرياض ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م . مطبوع مع شرحه : الضياء اللامع .
- سراج ، محمد ، **نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقـه الإسـلامي** ، الاسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية .
- أبو سرحان ، أحمد شحدة علي ، (٢٠٠٣م) ، **أثر الموت في الحقوق المالية والشخصية في الفقه الإسلامي** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، الجامعة الأردنية ، عمان ، الأردن .
- السرخسي ، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل ، (ت٤٩٠هـ) ، **المبسوط** ، ط١ ، تحقيق أبي عبد ا محمد حسن محمد حسن إسماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م .
- سعدي أفندي ، سعد ا بن عيسى ، (ت٩٤٥هـ) ، **حاشية سعدي أفندي على شرح العناية على الهداية** ، ط١ ، علق عليه وخرج آياته وأحاديثه عبد الـرزاق غالـب المهـدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م . مطبوع مع شرح فتح القدير .
- السغدي ، أبو الحسن علي بن الحسن بن محمد ، (ت ٤٦١هـ) ، **النتف في الفتاوى** ، ط٢، تحقيق د. صلاح الدين الناهي ، مؤسـسة الرسـالة ، بيـروت ، دار الفرقـان ، عمـان ، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م .
- السمرقندي ، علاء الدين شمس النظر أبو بكر محمد بن أحمـد ، (ت٥٣٩هـ ـ) ، **تحفـة الفقهاء**، ط٢ ، تحقيق د. محمد زكي عبد البر ، إدارة إحياء التراث الإسلامي ، دولة قطر .

- السمرقندي ، علاء الدين شمس النظر أبو بكر محمد بن أحمـد ، (ت٥٣٩هـ ـ) ، **ميـزان الأصول في نتائج العقول (المختصر)** ، ط٢ ، حققه وعلق عليه د. محمد زكي عبد البـر ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، إدارة الشؤون الإسلامية ، دولة قطر ، ١٤١٨هـ ـ - ١٩٩٧م .
- السمرقندي ، أبو الليث نصر بن محمد ، **خزانة الفقه وعيون المسائل** ، تحقيق د. صـلاح الدين الناهي ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، مطبعة أسعد ، بغداد ، ١٣٨٥هـ ـ - ١٩٦٥م ، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٧م .
- السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن ، (ت ٩١١هـ) ، **الأشباه والنظائر في قواعد وفـروع فقه الشافعية ،** ط الأخيرة ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، ١٣٧٨هـ - ١٩٥٩م .
- السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن ، (ت٩١١هـ) ، **شرح التنبيـه فـي فـروع الفقـه الشافعي،** ط١ ، دار الفكر ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م .
- الشاشي ، سيف الدين أبو بكر محمد بن أحمد ، (ت٥٠٧هـ) ، **حلية العلماء فـي معرفـة مذاهب الفقهاء** ، ط١ ، حققه وعلق عليه د. ياسين أحمد درادكه ، مكتبة الرسالة الحديثـة، عمان ، ١٩٨٨م .
- الشاطبي ، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي ، (ت٧٩٠هـ) ، **الموافقات فـي أصـول الشريعة** ، ط٣ ، اعتنى بها وخرج آياتها وضبط أحاديثها إبراهيم رمضان ، دار المعرفـة ، بيروت ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م .
- الشافعي ، أبو عبد ا محمد بن إدريس ، (ت٢٠٤هـ) ، **الأم** ، ط١ ، دقق ألفاظه وخـرج آياته وأحاديثه وصنع حواشيه أحمد عبيدو عناية ، دار إحياء التراث العربـي ، بيـروت ، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م .
- الشافعي ، أبو عبد ا محمد بن إدريس ، (ت٢٠٤هـ) ، **المسند** ، دار الكتـب العلميـة ، بيروت .

- الشبراملسي ، أبو الضياء نور الدين علي بن علي ، (ت١٠٨٧هـ) ، **حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي** ، ط الأخيرة ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م . مطبوع مع نهاية المحتاج .
- أبو شجاع ، أحمد بن الحسين بن أحمد ، (ت٥٩٣هـ) ، **الغاية والتقريب (متن أبي شجاع)**، ط١ ، دعمه بالأدلة وعلق عليه محمد لبيب ، دار الصحابة للتراث ، طنطا ، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م .
- الشربيني ، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب ، (ت٩٧٧هـ) ، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع** ، ط١ ، دراسة وتحقيق وتعليق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .
- الشربيني ، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب ، (ت٩٧٧هـ) ، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ، ط١ ، إشراف صدقي محمد جميل العطار ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م .
- الشربيني ، عبد الرحمن ، (ت١٣٢٦هـ) ، **تقرير الشربيني على حاشية ابن قاسم العبادي على الغرر البهية** ، ط١ ، ضبطه وخرج أحاديثه محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م . مطبوع مع الغرر البهية .
- الشرقاوي ، عبد ا بن حجازي بن إبراهيم ، (ت١٢٢٦هـ) ، **حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب** ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م .
- الشرواني ، عبد الحميد ، **حاشية الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج** ، ط١ ، ضبطه وصححه محمد عبد العزيز الخالدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م .
- الشلبي ، شهاب الدين أحمد ، (ت١٠٠٠هـ) ، **حاشية الشلبي على تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، ط١ ، تحقيق أحمد عزو عناية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م . مطبوع مع تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق .

- شمس الدين بن قدامة ، أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد ، (ت٦٨٢هـ) ، **الشرح الكبير على متن المقنع** ، ط١ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م . مطبوع مع المغني .
- الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد ، (ت١٢٥٥هـ) ، **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار** ، إشراف صدقي محمد جميل العطار ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .
- الشويكي ، أحمد بن محمد بن أحمد ، (ت٩٣٩هـ) ، **التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح**، دراسة وتحقيق ناصر بن عبد الله الميمان ، المكتبة المكية ، مكة المكرمة ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م .
- الشيباني ، أبو عبد الله محمد بن الحسن ، (ت ١٨٩هـ) ، **الأصل المعروف بالمبسوط** ، ط١، تصحيح وتعليق أبي الوفاء الأفغاني ، عالم الكتب ، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م .
- الشيباني ، أبو عبد الله محمد بن الحسن ، (ت١٨٩هـ) ، **الحجة على أهل المدينة** ، رتب أصوله وصححه وعلق عليه مهدي حسن القادري ، عالم الكتب ، بيروت ، ١٣٨٧هـ - ١٩٦٨م .
- ابن أبي شيبة ، عبد الله بن محمد ، (ت٢٣٥هـ) ، **المصنف في الأحاديث والآثار** ، ط١ ، ضبطه وعلق عليه سعيد اللحام ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م .
- الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف ، (ت ٤٧٦هـ) ، **التنبيه في فروع الفقه الشافعي** ، ط١ ، دار الفكر ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م . مطبوع مع شرحه : شرح التنبيه .
- الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف ، (ت ٤٧٦هـ) ، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** ، ط١ ، ضبطه وصححه ووضع حواشيه زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م .
- الصابوني ، عبد الرحمن ، (١٩٧٩م) ، **المدخل لدراسة التشريع الإسلامي** ، دمشق ، المطبعة الجديدة .

- الصاوي ، أحمد بن محمد ، (ت١٢٤١هـ) ، **بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير** ، ط١ ، ضبطه وصححه محمد عبد السلام شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م .
- صدر الشريعة ، عبيد الله بن مسعود المحبوبي ، (ت ٧٤٧هـ) ، **التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه** ، ط١ ، ضبط نصوصه وعلق عليه وخرج آياته وأحاديثه محمد عدنان درويش، دار الأرقم ، بيروت ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م . مطبوع مع التلويح إلى كشف حقائق التنقيح .
- صدر الشريعة ، عبيد الله بن مسعود المحبوبي ، (ت ٧٤٧هـ) ، **شرح الوقاية** ، ط١ ، المطبعة الأدبية ، مصر ، ١٣١٨هـ . مطبوع مع كشف الحقائق شرح كنز الدقائق لعبد الحكيم الأفغاني .
- صدر الشريعة ، عبيد الله بن مسعود المحبوبي ، (ت ٧٤٧هـ) ، **النقاية** ، ط١ ، اعتنى به محمد نزار تميم وهيثم نزار تميم ، دار الأرقم ، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م . مطبوع مع شرحه : فتح باب العناية .
- الصردفي ، محمد بن عبد الله بن أبي بكر ، (ت٧٩٢هـ) ، **المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة** ، ط١ ، تحقيق سيد محمد مهنى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م .
- الصنعاني ، محمد بن إسماعيل ، (ت١١٨٢هـ) ، **سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام** ، ط٤ ، راجعه وعلق عليه محمد عبد العزيز الخولي ، مكتبة الرسالة الحديثة ، عمان ، ١٣٧٩هـ - ١٩٦٠م .
- ابن ضويان ، إبراهيم بن محمد بن سالم ، (١٩٩٧م) ، **منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الإمام أحمد بن حنبل** ، ط١ ، بيروت ، دار الكتب العلمية .
- الطائي ، مصطفى بن محمد بن يونس ، (ت١١٩٢هـ) ، **كنز البيان مختصر توفيق الرحمن**، ط١ ، وضع حواشيه محمد حسن محمد حسن إسماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م . وهو شرح متن كنز الدقائق .

- الطحاوي ، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة ، (ت٣٢١هـ) ، **شرح معاني الآثار** ، ط١، حققه وعلق عليه محمد زهري النجار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- الطحاوي ، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة ، (ت٣٢١هـ) ، **مختصر الطحاوي** ، ط١ ، حققه وعلق عليه أبو الوفا الأفغاني ، دار إحياء العلوم ، بيروت ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م .
- الطوري ، محمد بن حسين بن علي ، (ت بعد ١١٣٨هـ) ، **تكملة البحر الرائق** ، ط١ ، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م .
- ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر ، (ت١٢٥٢هـ) ، **رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)** ، ط١ ، تحقيق عبد الحميد طعمة حلبي ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م .
- ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر ، (ت١٢٥٢هـ) ، **منحة الخالق على البحر الرائق** ، ط١، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م . مطبوع مع البحر الرائق شرح كنز الدقائق .
- ابن عادل ، أبو حفص عمر بن علي ، (ت بعد ٨٨٠هـ) ، **اللباب في علوم الكتاب** ، ط١ ، تحقيق جماعة من العلماء ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م .
- ابن عاصم ، أبو بكر محمد بن محمد بن محمد ، (ت٨٢٩هـ) ، **تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام** ، ط١ ، ضبطه وصححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمن ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م . مطبوع مع شرحه : شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام .
- العبادي ، عبد السلام داود ، (١٩٧٤م) ، **الملكية في الشريعة الإسلامية طبيعتها ووظيفتها وقيودها دراسة مقارنة بالقوانين والنظم الوضعية** ، ط١ ، عمان ، مكتبة الأقصى .

- ابن عبد البر ، أبو عمر يوسف بن عبد ا بن محمد ، (ت٤٦٣هـ) ، **الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار** ، ط٤ ، حققه وعلق عليه حسان عبد المنان و د. محمود أحمد القيسية ، مؤسسة النداء ، أبو ظبي ، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م .
- ابن عبد البر ، أبو عمر يوسف بن عبد ا بن محمد ، (ت٤٦٣هـ) ، **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد** ، تحقيق جماعة من العلماء ، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .
- ابن عبد البر ، أبو عمر يوسف بن عبد ا بن محمد ، (ت٤٦٣هـ) ، **الكافي في فقه أهل المدينة المالكي** ، ط٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م .
- عبد الرزاق ، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الصنعاني ، (ت٢١١هـ) ، **المصنف** ، ط١ ، تحقيق أيمن نصر الدين الأزهري ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م .
- ابن عبد الهادي ، يوسف ، (ت٩٠٩هـ) ، **مغني ذوي الأفهام عن الكتب الكثيرة في الأحكام**، ط٣ ، صححه وعلق عليه عبد ا عمر بن دهيش ، دار خضر ، بيروت ، مكتبة ومطبعة النهضة الحديثة ، مكة المكرمة ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م .
- ابن عبيدان ، عبد الرحمن ، (ت٦٣٠هـ) ، **زوائد الكافي والمحرر على المقنع** ، ط١ ، المكتب الإسلامي ، دمشق .
- العثماني ، أبو عبد ا محمد بن عبد الرحمن ، (ت بعد ٧٨٠هـ) ، **رحمة الأمة في اختلاف الأئمة** ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .
- العدوي ، علي بن أحمد بن مكرم ا ، (ت١١٨٩هـ) ، **حاشية العدوي على الخرشي** ، ط١، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م . مطبوع مع حاشية الخرشي .
- العدوي ، علي بن أحمد بن مكرم ا ، (ت١١٨٩هـ) ، **حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني** ، ط١ ، ضبطه وصححه وخرج آياته محمد عبد ا شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م .

- ابن العربي ، أبو بكر محمد بن عبد ا ، (ت٥٤٣هـ) ، **أحكام القرآن** ، ط١ ، تحقيق عبد الرزاق المهدي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م .
- ابن عرفة ، أبو عبد ا محمد ، (ت٨٠٣هـ) ، **الحدود** ، ط١ ، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٩٣م . مطبوع مع شرح حدود ابن عرفة للرصاع .
- ابن عسكر ، شهاب الدين عبد الرحمن بن محمد ، (ت٧٣٢هـ) ، **إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك** ، ط٣ ، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر.
- العكبري ، الحسين بن محمد ، **رؤوس المسائل الخلافية بين جمهور الفقهاء** ، ط١ ، تحقيق ودراسة د. خالد بن سعد الخشلان و د. ناصر بن سعود السلامة ، دار إشبيليا ، الرياض ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م .
- عميرة ، شهاب الدين أحمد البرلسي ، (ت٩٥٧هـ) ، **حاشية عميرة على كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين** ، ط١ ، ضبطه وصححه وخرج أحاديثه عبد اللطيف عبد الرحمن ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م .
- العيني ، بدر الدين محمود بن أحمد بن موسى ، (ت٨٥٥هـ) ، **البناية شرح الهداية** ، ط١، تحقيق أيمن صالح شعبان ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م .
- العيني ، بدر الدين محمود بن أحمد بن موسى ، (ت٨٥٥هـ) ، **عمدة القاري شرح صحيح البخاري** ، ط١ ، ضبطه وصححه عبد ا محمود محمد تامر ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م .
- الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد بن محمد ، (ت٥٠٥هـ) ، **المستصفى في علم الأصول**، طبعه وصححه محمد عبد السلام عبد الشافي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م .
- الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد بن محمد ، (ت٥٠٥هـ) ، **الوجيز في فقه الإمام الشافعي** ، ط١ ، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود ، دار الأرقم ، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م .

- الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد بن محمد ، (ت٥٠٥هـ) ، **الوسيط في المذهب** ، ط١ ، حققه وعلق عليه أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر ، دار السلام ، الغورية ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م .
- الغزنوي ، سراج الدين أبو حفص ، (ت٧٧٣هـ) ، **الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل أبي حنيفة** ، ط١ ، مؤسسة الكتب الثقافية ، بيروت ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م .
- الغزي ، محمد بن قاسم ، (ت ٩١٨هـ) ، **شرح ابن قاسم الغزي على متن أبي شجاع المسمى فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب** ، ط١ ، اعتنى به د. بديع السيد اللحام، دار الخير ، بيروت ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م .
- الغمراوي ، محمد الزهري ، (١٩٤٨م) ، **أنوار المسالك شرح عمدة السالك وعدة الناسك** ، ط٢ ، مصر ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده .
- ابن فارس ، أبو الحسين أحمد ، (ت٣٩٥هـ) ، **معجم مقاييس اللغة** ، ط١ ، اعتنى به د. محمد عوض مرعب وفاطمة محمد أصلان ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م .
- فخر الدين بن تيمية ، فخر الدين أبو عبد الله محمد بن أبي القاسم محمد ، (ت٦٢٢هـ) ، **بلغة الساغب وبغية الراغب** ، ط١ ، تحقيق بكر بن عبد الله أبو زيد ، دار العاصمة ، الرياض ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م .
- الفشني ، شهاب الدين أحمد بن حجازي ، (ت بعد ٩٧٨هـ) ، **تهذيب تحفة الحبيب في شرح نهاية التدريب** ، ط١ ، بعناية قاسم النوري ، الناشر مسلم الرجال ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م .
- الفشني ، شهاب الدين أحمد بن حجازي ، (ت بعد ٩٧٨هـ) ، **مواهب الصمد في حل ألفاظ الزبد** ، راجعه وعلق عليه عبد الله بن إبراهيم الأنصاري ، طبع على نفقة الشؤون الدينية ، دولة قطر .
- فكري ، علي ، (١٩٣٨م) ، **المعاملات المادية والأدبية** ، ط١ ، مصر ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده .

- الفندلاوي ، يوسف بن دوناس ، (ت٥٤٣هـ) ، **تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك على منهج العدل والإنصاف في شرح مسائل الخلاف** ، تحقيق أحمد بن محمد البوشيخي ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، المملكة المغربية ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م .
- الفيروز أبادي ، مجد الدين محمد بن يعقوب ، (ت٨١٧هـ) ، **القاموس المحيط** ، ط٦ ، تحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي ، مؤسسة الرسالة، بيروت ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م .
- الفيومي ، أحمد بن محمد بن علي ، (ت ٧٧٠هـ) ، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير** ، ط٤ ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ، ١٩٢١م .
- ابن قائد ، عثمان بن أحمد بن سعيد ، (ت ١٠٩٧هـ) ، **حاشية المنتهى** ، ط١ ، تحقيق د. عبد ا بن عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م . مطبوع مع منتهى الإرادات .
- القاري ، نور الدين أبو الحسن علي بن سلطان محمد ، (ت١٠١٤هـ) ، **فتح باب العناية بشرح النقاية** ، ط١ ، اعتنى به محمد نزار تميم وهيثم نزار تميم ، دار الأرقم ، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م .
- ابن قاسم العبادي ، أحمد ، (ت٩٩٤هـ) ، **حاشية ابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج** ، ط١ ، ضبطه وصححه محمد عبد العزيز الخالدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م .
- ابن قاسم العبادي ، أحمد ، (ت٩٩٤هـ) ، **حاشية ابن قاسم العبادي على الغرر البهية** ، ط١ ، ضبطها وخرج أحاديثها محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م . مطبوع مع الغرر البهية .
- القاضي أبو الحسين ، محمد بن محمد بن الحسين ، (ت٥٢٦هـ) ، **التمام لما صح في الروايتين والثلاث والأربع عن الإمام والمختار من الوجهين عن أصحابه العرانين الكرام** ، ط١ ، حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه ووضع فهارسه د. عبد ا بن محمد الطيار و د. عبد العزيز بن محمد المد ا ، دار العاصمة ، الرياض ، ١٤١٤هـ .

- قاضي زاده ، شمس الدين أحمد بن قودر ، (ت٩٨٨هـ) ، **نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار** ، ط١ ، علق عليه وخرج آياته وأحاديثه عبد الرزاق غالب المهدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م . وهي تكملة شرح فتح القدير .
- ابن قاضي سماونه ، محمود بن إسرائيل ، (ت٨١٨هـ) ، **جامع الفصولين** ، ط١ ، المطبعة الكبرى الميرية ، بولاق ، مصر ، ١٣٠٠هـ .
- القاضي عبد الوهاب ، بن علي بن نصر ، (ت٤٢٢هـ) **، الإشراف على نكت مسائل الخلاف** ، ط١ ، قارن بين نسخه وخرج أحاديثه وقدم له الحبيب بن طاهر ، دار ابن حزم ، بيروت ، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م .
- القاضي عبد الوهاب ، بن علي بن نصر ، (ت٤٢٢هـ) ، **التلقين في الفقه المالكي** ، ط١ ، وضع حواشيه زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م .
- القاضي عبد الوهاب ، بن علي بن نصر ، (ت٤٢٢هـ) ، **عيون المجالس** ، ط١ ، تحقيق ودراسة امباي بن كيباكاه ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م .
- القاضي عبد الوهاب ، بن علي بن نصر ، (ت٤٢٢هـ) **، المعونة على مذهب عالم المدينة**، ط١ ، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م .
- القاضي عياض ، أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض ، (ت٥٤٤هـ) ، **شرح صحيح مسلم المسمى إكمال المعلِم بفوائد مسلم** ، ط١ ، تحقيق د. يحيى إسماعيل ، دار الوفاء ، المنصورة ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م .
- ابن قدامة ، موفق الدين عبد ا بن أحمد ، (ت٦٢٠هـ) ، **روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل** ، ط١ ، قدم له ووضح غوامضه وخرج شواهده د. شعبان محمد إسماعيل ، المكتبة المكية ، مكة المكرمة ، المكتبة التدمرية ، الرياض ، مؤسسة الريان ، بيروت ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م .

- ابن قدامة ، موفق الدين عبد ا بن أحمد ، (ت٦٢٠هـ) ، **عمدة الفقه** ، قابل الأصل وحرره عبد الرحمن يحيى المعلمي ، شرحه وعلق حواشيه عبد ا عبد الرحمن البسام ، نسقه وأشرف على طبعه بسطاوي حجازي ، مكتبة النهضة الحديثة ، مكة المشرفة ، طبع مطبعة الفجالة الجديدة ، القاهرة ، ١٣٧٩هـ - ١٩٦٠م .
- ابن قدامة ، موفق الدين عبد ا بن أحمد ، (ت٦٢٠هـ) ، **الكافي في فقه الإمام أحمد** ، ط١، حققه وعلق عليه محمد فارس ومسعد عبد الحميد السعدني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .
- ابن قدامة ، موفق الدين عبد ا بن أحمد ، (ت٦٢٠هـ) ، **المغني على مختصر الخرقي** ، ط١ ، ضبطه وصححه عبد السلام محمد شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .
- ابن قدامة ، موفق الدين عبد ا بن أحمد ، (ت٦٢٠هـ) ، **المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني** ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .
- القدوري ، أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد ، (ت٤٢٨هـ) ، **مختصر القدوري في الفقه الحنفي** ، ط١ ، تحقيق وتعليق كامل محمد عويضة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م .
- القرافي ، شهاب الدين أحمد بن إدريس ، (ت٦٨٤هـ) ، **الذخيرة** ، ط١ ، تحقيق جماعة من العلماء ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٩٤م .
- القرافي ، شهاب الدين أحمد بن إدريس ، (ت٦٨٤هـ) ، **الفروق أنوار البروق في أنواء الفروق** ، ط١ ، دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية أ.د. محمد أحمد سراج و أ.د . علي جمعة محمد ، دار السلام ، القاهرة ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م .
- القرطبي ، أبو العباس أحمد بن عمر بن إبراهيم ، (ت٦٥٦هـ) ، **المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم** ، ط١ ، حققه وعلق عليه وقدم له محيي الدين ديب متو وأحمد محمد السيد ويوسف علي بديوي ومحمود إبراهيم بزال ، دار ابن كثير ، دمشق ، بيروت ، دار الكلم الطيب ، دمشق ، بيروت ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م .

- القرطبي ، أبو عبد ا محمد بن أحمد ، (ت٦٧١هـ) ، **الجامع لأحكام القـرآن** ، ط5 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م .
- القره داغي ، علي محيي الدين علي ، (١٩٨٥م) ، **مبدأ الرضا في العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني (الروماني والفرنسي والإنجليزي والمصري والعراقـي)** ، ط١ ، بيروت ، دار البشائر الإسلامية .
- القسطلاني ، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد ، (ت٩٢٣هـ) ، **إرشاد الساري لشرح صحيح البخـاري** ، ط١ ، ضبطه وصححه محمد عبد العزيز الخالدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م .
- القفصي ، أبو عبد ا محمد بن عبد ا بن راشد ، (ت٧٣٦هـ) ، **لباب اللباب في بيان ما تضمنته أبواب الكتاب من الأركان والشروط والموانـع والأسـباب** ، ط١ ، ١٤٢٤هـ ـ - ٢٠٠٣م .
- القليوبي ، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة ، (ت١٠٦٩هـ) ، **حاشية القليوبي علـى كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين** ، ط١ ، ضبطه وصححه وخرج أحاديثه عبد اللطيـف عبد الرحمن ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م .
- ابن قندس ، تقي الدين أبو بكر إبراهيم بن يوسف ، (ت٨٦١هـ) ، **حاشية ابـن قنـدس** ، ط١، تحقيق د. عبد ا عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة ، بيـروت ، ١٤٢٤هـ ـ - ٢٠٠٣م. مطبوع مع الفروع لابن مفلح .
- ابن قيم الجوزية ، شمس الدين أبو عبد ا محمد بن أبي بكـر ، (ت٧٥١هـ ـ) ، **إعـلام الموقعين عن رب العالمين** ، ط٢ ، رتبه وضبطه وخرج آياته محمد عبد السلام إبـراهيم ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م .
- ابن قيم الجوزية ، شمس الدين أبو عبد ا محمد بن أبي بكر ، (ت٧٥١هـ) ، **زاد المعـاد في هدي خير العباد** ، ط٢ ، حقق نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه شـعيب الأرنـؤوط وعبد القادر الأرنؤوط ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، مكتبة المنار الإسـلامية ، الكويـت ، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م .

- ابن قيم الجوزية ، شمس الدين أبو عبد ا محمد بن أبي بكر ، (ت٧٥١هـ) ، **شرح سنن أبي داود** ، ط٣ ، ضبط وتحقيق عبد الرحمن محمد عثمان ، دار الفكر ، بيروت ، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م . مطبوع مع عون المعبود شرح سنن أبي داود .
- الكاساني ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود ، (ت٥٨٧هـ) ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ط١ ، تحقيق محمد خير طعمة حلبي ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م .
- ابن كثير ، عماد الدين أبو الفداء إسماعيل ، (ت٧٧٤هـ) ، **تفسير القرآن العظيم** ، دار الجيل ، بيروت .
- الكلوذاني ، أبو الخطاب محفوظ بن أحمد ، (ت٥١٠هـ) ، **الهداية** ، ط١ ، تحقيق إسماعيل الأنصاري وصالح السليمان العمري ، طبع في مطابع القصيم ، ١٣٩٠هـ .
- الكيا الهراسي ، عماد الدين بن محمد الطبري ، (ت٥٠٤هـ) ، **أحكام القرآن** ، ط١ ، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .
- اللبدي ، عبد الغني بن ياسين ، (١٩٩٩م) ، **حاشية اللبدي على نيل المآرب في الفقه الحنبلي** ، ط١ ، بيروت ، دار البشائر الإسلامية .
- ابن اللحام ، أبو الحسن علاء الدين علي بن محمد بن عباس ، (ت٨٠٣هـ) ، **القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الشرعية** ، ط١ ، تحقيق عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية ، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م .
- ابن اللحام ، أبو الحسن علاء الدين علي بن محمد بن عباس ، (ت٨٠٣هـ) ، **المختصر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل** ، تحقيق د. محمد مظهر بقا ، دار الفكر ، دمشق ، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .
- ابن ماجه ، أبو عبد ا محمد بن يزيد ، (ت٢٧٥هـ) ، **سنن ابن ماجه** ، ط١ ، إشراف ومراجعة صالح بن عبد العزيز آل الشيخ ، دار السلام ، الرياض ، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

- المازري ، أبو عبد ا محمد بن علي بن عمر ، (ت٥٣٦هـ) ، **المعلم بفوائد مسلم** ، تحقيق محمد الشاذلي النيفر ، المؤسسة الوطنية للترجمة والتحقيق والدراسات ، بيت الحكمة، تونس ، ١٩٨٨م .
- مالك ، مالك بن أنس الأصبحي ، (ت١٧٩هـ) ، **المدونة الكبرى** ، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م .
- مالك ، مالك بن أنس الأصبحي ، (ت١٧٩هـ) ، **الموطأ** ، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٥م .
- الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب ، (ت٤٥٠هـ) ، **الإقناع في الفقه الشافعي**، ط١ ، حققه وعلق عليه خضر محمد خضر ، مكتبة دار العروبة ، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب ، (ت٤٥٠هـ) ، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي** ، ط١ ، تحقيق وتعليق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م . وهو شرح مختصر المزني .
- المحلي ، جلال الدين محمد بن أحمد ، (ت٨٦٤هـ) ، **كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين** ، ط١ ، ضبطه وصححه وخرج أحاديثه عبد اللطيف عبد الرحمن ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م . مطبوع مع حاشيتي القليوبي وعميرة .
- المحلي ، حسين بن محمد ، (ت١١٧٠هـ) ، **الفروع المسمى كشف اللثام عن أسئلة الأنام**، ط١ ، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م .
- المرداوي ، علاء الدين أبو الحسين علي بن سليمان بن أحمد ، (ت٨٨٥هـ) ، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل** ، ط١ ، تحقيق أبي عبد ا محمد حسن محمد حسن إسماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م .

- المرداوي ، علاء الدين أبو الحسين علي بن سليمان بن أحمد ، (ت٨٨٥هـ) ، **تصحيح الفروع** ، ط١ ، تحقيق د. عبد الله عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م . مطبوع مع الفروع لابن مفلح .
- المرداوي ، علاء الدين أبو الحسين علي بن سليمان بن أحمد ، (ت٨٨٥هـ) ، **التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني** ، المطبعة السلفية ومكتبتها، الروضة .
- المرغيناني ، برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل ، (ت٥٩٣هـ) ، **بداية المبتدي** ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م . مطبوع مع شرحه : الهداية .
- المرغيناني ، برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل ، (ت٥٩٣هـ) ، **الهداية شرح بداية المبتدي** ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م .
- المروزي ، أبو عبد الله محمد بن نصر ، (ت٢٩٤هـ) ، **اختلاف الفقهاء** ، ط١ ، دراسة وتحقيق وتعليق د. محمد طاهر حكيم ، أضواء السلف ، الرياض ، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
- المزني ، أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى ،(ت٢٦٤هـ) ، **مختصر المزني** ، تحقيق وتعليق حسين عبد الحميد نيل ، دار الأرقم ، بيروت .
- مسلم ، أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم ، (ت ٢٦١هـ) ، **صحيح مسلم** ، ط١ ، رقم كتبه وأبوابه وصنع فهارسه محمد نزار تميم وهيثم نزار تميم ، دار الأرقم ، بيروت ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م .
- المعداني ، أبو علي الحسن بن رحال ، (ت١١٤٠هـ) ، **حاشية المعداني على شرح ميارة الفاسي وتحفة الحكام في نكت العقود والأحكام** ، ط١ ، ضبطه وصححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمن ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م . مطبوع مع شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام .
- ابن مفلح ، أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله ، (ت٨٨٤هـ) ، **المبدع شرح المقنع** ، ط١ ، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م .

- ابن مفلح ، شمس الدين محمد ، (ت٧٦٣هـ) ، **الفروع** ، ط١ ، تحقيق د. عبد الله عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م .
- المقدسي ، بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم ، (ت٧٣٢هـ) ، **العدة شرح العمدة** ، ط١ ، اعتنى بها خالد محمد محرم ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م .
- ابن المقري ، إسماعيل بن أبي بكر ، (ت٨٣٧هـ) ، **الإرشاد** ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، ١٣٤٩هـ .
- ابن المقري ، إسماعيل ابن أبي بكر ، (ت٨٣٧هـ) ، **روض الطالب** ، ط١ ، ضبط نصه وخرج أحاديثه وعلق عليه د. محمد محمد تامر ، ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م . مطبوع مع شرحه : أسنى المطالب .
- ابن الملقن ، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد ، (ت٨٠٤هـ) ، **عجالة المحتاج إلى توجيه المنهاج** ، حققه وضبطه على أصوله وخرج حديثه وعلق عليه عز الدين هشام البدراني ، دار الكتاب ، الأردن ، إربد ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م .
- المليباري ، زين الدين عبد العزيز بن زين الدين ، **فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين** ، ط١ ، ضبطه وصححه محمد سالم هاشم ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م . مطبوع مع حاشية إعانة الطالبين .
- المنبجي ، أبو محمد علي بن زكريا ، (ت٦٨٦هـ) ، **اللباب في الجمع بين السنة والكتاب** ، ط١ ، تحقيق د. محمد فضل عبد العزيز المراد ، دار الشروق ، جدة ، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .
- ابن المنذر ، أبو بكر محمد بن إبراهيم ، (ت٣١٨هـ) ، **الإجماع** ، ط٢ ، حققه وقدم له وخرج أحاديثه د. أبو حماد صغير أحمد حنيف ، مكتبة الفرقان ، عجمان ، مكتبة مكة الثقافية ، رأس الخيمة ، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م .
- ابن المنذر ، أبو بكر محمد بن إبراهيم ، (ت٣١٨هـ) ، **الإشراف على مذاهب أهل العلم** ، ط٢ ، تحقيق محمد نجيب سراج الدين ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، إدارة الشؤون الإسلامية ، دولة قطر ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م .

- ابن المنذر ، أبو بكر محمد بن إبراهيم ، (ت٣١٨هـ) ، **الإقناع** ، ط٢، تحقيق د.عبد ا بن عبد العزيز الجبرين ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ١٤١٤هـ .
- ابن منظور ، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، (ت٧١١هـ) ، **لسان العـرب** ، دار صادر ، بيروت .
- المنوفي ، أبو الحسن علي بن ناصر الدين بن محمد ، (ت٩٣٩هـ) ، **كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني** ، ط١ ، ضبطه وصححه وخرج آياته محمد عبد ا شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م . مطبوع مع حاشية العدوي عليه .
- المواق ، أبو عبد ا محمد بن يوسف ، (ت٨٩٧هـ) ، **التاج والإكليل لمختـصر خليـل** ، ط١، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريـا عميـرات ، دار الكتـب العلميـة ، بيـروت ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م . مطبوع مع مواهب الجليل لشرح مختصر خليل .
- ابن مودود ، عبد ا بن محمود ، (ت٦٨٣هـ) ، **الاختيار لتعليـل المختـار** ، دار الكتـب العلمية ، بيروت .
- ابن مودود ، عبد ا بن محمود ، (ت٦٨٣هـ) ، **المختار** ، دار الكتب العلمية ، بيـروت . مطبوع مع شرحه : الاختيار لتعليل المختار .
- ميارة الفاسي ، أبو عبد ا محمد بن أحمد بن محمد ، (ت١٠٧٢هـ) ، **شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام** ، ط١ ، ضبطه وصححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمن ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م .
- ابن النجار ، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي ، (ت٩٧٢هـ) ، **منتهى الإرادات في جمـع المقنع مع التنقيح وزيادات** ، ط١ ، تحقيق د. عبد ا بن عبد المحسن التركـي ، مؤسـسة الرسالة ، بيروت ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م .
- النجدي ، عثمان أحمد ، (ت١١٠٠هـ) ، **هداية الراغب لشرح عمدة الطالب** ، ط٢ ، تحقيق حسنين محمد مخلوف ، دار البشير ، جدة ، الدار الشامية ، بيروت ، ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م.
- ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد ، (ت٩٧٠هـ) ، **الأشباه والنظائر على مـذهب أبي حنيفة النعمان** ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م .

- ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد ، (ت٩٧٠هـ) ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية** ، ط١ ، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م .
- ابن نجيم ، سراج الدين عمر بن إبراهيم ، (ت١٠٠٥هـ) ، **النهر الفائق شرح كنز الدقائق،** ط١ ، حققه وعلق عليه أحمد عزو عناية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م .
- النسائي ، أحمد بن شعيب ، (ت٣٠٣هـ) ، **سنن النسائي** ، ط٣ ، تحقيق مكتب تحقيق التراث الإسلامي ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .
- النسفي ، أبو البركات عبد ا بن أحمد بن محمود ، (ت٧١٠هـ) ، **كشف الأسرار شرح المصنف على المنار** ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- النسفي ، أبو البركات عبد ا بن أحمد بن محمود ، (ت٧١٠هـ) ، **كنز الدقائق** ، ط١ ، تحقيق أحمد عزو عناية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م . مطبوع مع شرحه : تبيين الحقائق .
- النسفي ، نجم الدين أبو حفص عمر بن محمد ، (ت٥٣٧هـ) ، **طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية** ، ط١ ، ضبط وتعليق وتخريج خالد عبد الرحمن العك ، دار النفائس ، بيروت ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م .
- نظام وجماعة من علماء الهند ، (ت١٠٧٠هـ) **، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمكيرية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان** ، ط١ ، ضبطه وصححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمن ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م .
- النفراوي ، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا ، (ت١١٢٦هـ) ، **الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني** ، ط١ ، ضبطه وصححه وخرج آياته عبد الوارث محمد علي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م .
- ابن النقيب ، شهاب الدين أبو العباس أحمد ، (ت٧٦٩هـ) ، **عمدة السالك وعدة الناسك** ، ط٢ ، تحقيق صالح مؤذن ومحمد الصباغ ، مكتبة الغزالي ، دمشق ، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت ، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م .

- النووي ، أبو زكريا يحيى بن شرف ، (ت٦٧٦هـ) ، **روضة الطالبين** ، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- النووي ، أبو زكريا يحيى بن شرف ، (ت٦٧٦هـ) ، **المجموع شرح المهذب** ، ط١ ، حققه وعلق عليه وأكمله بعد نقصانه محمد نجيب المطيعي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م .
- النووي ، أبو زكريا يحيى بن شرف ، (ت٦٧٦هـ) ، **منهـاج الطـالبين** ، ط١ ، إشـراف صدقي محمد جميل العطار ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م . مطبـوع مـع شرحه : مغني المحتاج .
- النووي ، أبو زكريا يحيى بن شرف ، (ت٦٧٦هـ) ، **المنهاج في شرح صحيح مسلم بـن الحجاج المسمى اختصاراً شرح صحيح مسلم** ، ط١ ، إشراف علي عبد الحميد بلطه جي ، دار الخير ، بيروت ، دمشق ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .
- ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد ، (ت٨٦١هـ) ، **شرح فـتح القـدير علـى الهداية شرح بداية المبتدي** ، ط١ ، علق عليه وخرج آياته وأحاديثه عبد الـرزاق غالـب المهدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م .
- ابن الوردي ، عمر بن مظفر بن عمر ، (ت٧٤٩هـ) ، **منظومة البهجة الورديـة** ، ط١ ، ضبطها وخرج أحاديثها محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م . مطبوع مع شرحه : الغرر البهية .
- ابن الوكيل ، محمد بن عمر بن مكي ، (ت٧١٦هـ) ، **الأشباه والنظائر** ، ط١ ، تحقيـق د. أحمد بن محمد العنقري و د. عادل بن عبـد ا الـشويخ ، مكتبـة الرشـد ، الريـاض ، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م .
- الونشريسي ، أحمد بن يحيى ، (ت٩١٤هـ) ، **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبـد ا مالك** ، ط١ ، دراسة وتحقيق الصادق بن عبد الرحمن الفرياني ، كلية الدعوة الإسلامية ولجنة الحفاظ على التراث الإسلامي ، الجماهيرية العظمـى ، طـرابلس ، ١٤٠١هـ ـ - ١٩٩١م .

- أبو يعلى ، محمد بن الحسين الفراء ، (ت٤٥٨هـ) ، **الجامع الصغير في الفقه على مـذهب الإمام أحمد بن محمد بن حنبل** ، ط١ ، تحقيق وتعليق د. ناصر بن سـعود الـسلامة ، دار أطلس ، الرياض ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م .
- أبو يعلى ، محمد بن الحسين الفراء ، (ت٤٥٨هـ) ، **كتاب الـروايتين والـوجهين** ، ط١ ، تحقيق د. عبد الكريم بن محمد اللاحم ، مكتبة المعارف ، الرياض ، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- ابن يوسف ، مرعي ، (ت١٠٣٣هـ) ، **دليل الطالب على مذهب الإمام المبجل أحمـد بـن حنبل** ، المكتب الإسلامي ، دمشق .
- ابن يوسف ، مرعي ، (ت١٠٣٣هـ) ، **غاية المنتهى في الجمع بين الإقنـاع والمنتهـى** ، ط١ ، حققه وعلق عليه محمد زهير الشاويش ، مؤسسة دار السلام .

THE IMPACTOT TERMINATION OF THE OBJECT OF THE CONTRACT IN THE FINANCIAL TRANSACTIONS IN ISLAMIC JURISPRUDENCE

By
Ahmad Shehdeh Ali Abu Sarhan
Supervisor
De. Mohammad Ahmad Alqudah, Prof

Abstract

This study discusses the speech about the impact of termination of the object of the contract in the financial transactions in Islamic Jurisprudence. It displays the impact of the object of the contract in the two –sided obligatory contract, the one-sided obligatory contract and the contract that is not obligatory to both sides. It also displays the three kinds included, the opinions of the jurisprudents, their evidences, their arguments and their preponderant opinions. Moreover, it begins with an introduction that defines the contract and clears out its fundamental bases and its parts besides a preliminary step in the termination of the object of the contract and lastly defines the financial transactions.

Through this study, it has become clear that the impact of termination of the object of the contract differs from one contract to another. It may also differ in the very same contract according to the differences of the impact of termination. This impact may or may not result in the cancellation of the contract. The states in which the contract is cancelled are either when the material sold is spoilt owing to a heavenly bane before receiving its value, or when all the property of the company and the sleeping partnership are spoilt. The state in which the contract is not cancelled is either when all or some of the material sold is spoilt after receiving the value or when the bill of exchange has terminated accidentally. Its impact is that the contract becomes either unobligatory, that is the contractor has the choice to cancel it or to carry it out, or the contract becomes obligatory. It is unobligatory only when all or some of the material sold has been damaged by the seller or any foreign agent before receiving its value and also when some of the rented object has

become useless owing to its damage. It is obligatory only when all or some of the material sold has been spoilt by the buyer before or after receiving its value. This may result in a guaranty , that is to pay the value of damage or to pay the countervalue. It is guaranteed if the mortgaged object, the borowed, the deposited or the power of attorney has been spoilt by tresspassing or carelessness by the holder of the material . It is not guaranteed when the damage in the foregoing examples has not been caused by tresspassing or carelessness. Thus, the countervalue may become due or may become undue. It becomes due only when the rented material has spoilt after receiving its value and after a time passed to which there is a countervalue in respect of the period passed. It is undue if the rented object has damaged before receiving its value or immediately after it and before a time passed to which there is a countervalue, or it has damaged after receiving the value and after a time passed to which there is a countervalue in respect of the remaining period.